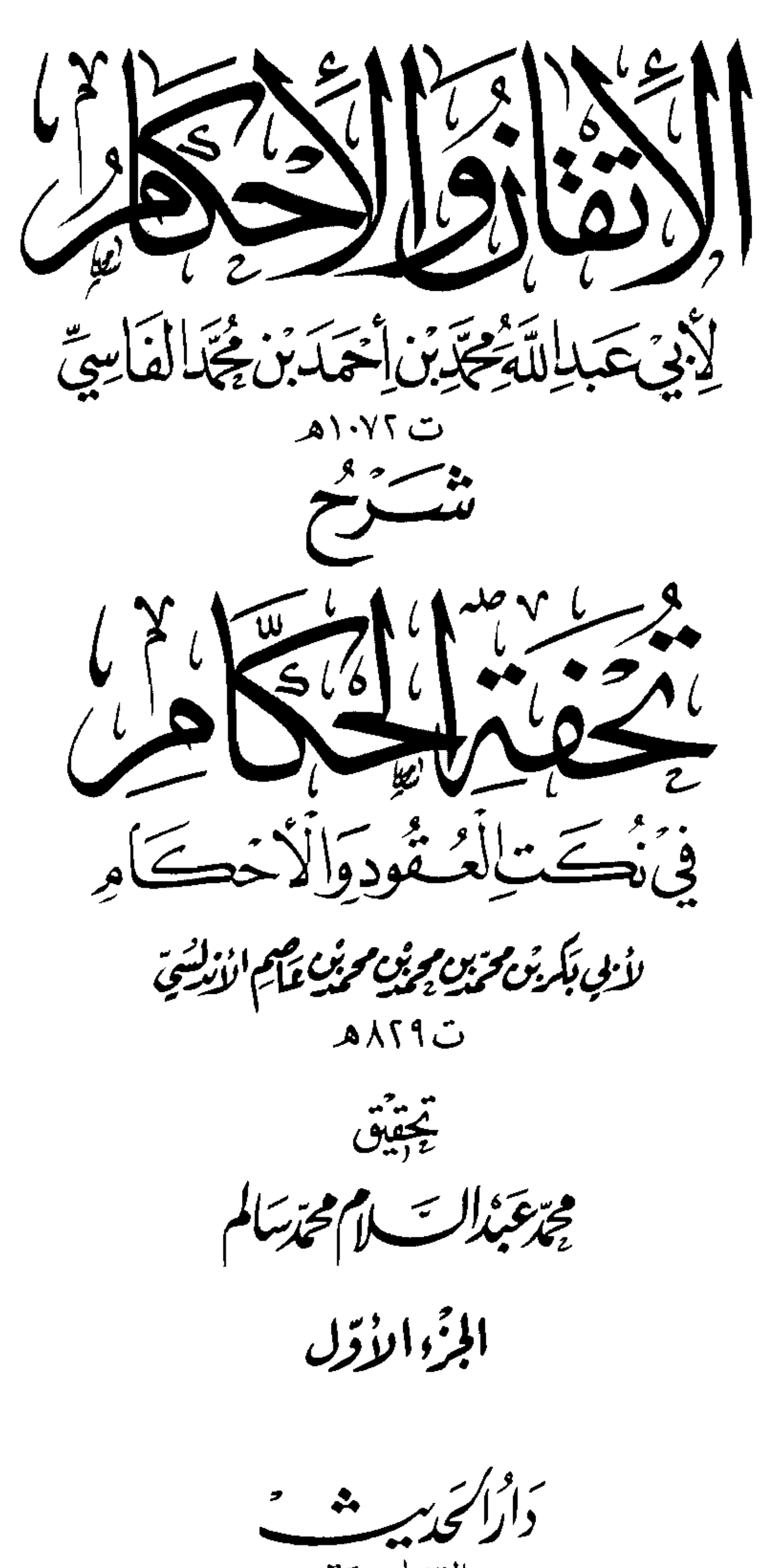

الإتقان والإحكام
لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي
شرح
تحفة الحكام
في نكت العقود والأحكام
لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي
الجزء الأول
تحقيق
دار الحديث


الإتقان والإحكام
لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي
ت ١٠٧٢هـ
شرح
تحفة الحكام
في نكت العقود والأحكام
لأبي بكر بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي
ت ٨٢٩هـ
تحقيق
محمد عبد السلام محمد سالم
الجزء الأول
دار الحديث
القاهرة


الإتقان والإحكام
شرح
تحفة الحكام
في نكت العقود والأحكام



اسم الكتـــاب : الإتقان والإحكام

اسم المؤلـــف : أبو عبد الله محمد الفاسي

اسم المحـقــق : محمد عبد السلام محمد

القطــــــع : ١٧×٢٤سم

عدد الصفحـات : ٦٠٠ صفحة ج١

عدد المجــلدات : مجلدان

سنة الطبــــع : ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م

رقــم الإيــداع : ٢٠١١/١١٧٢٣

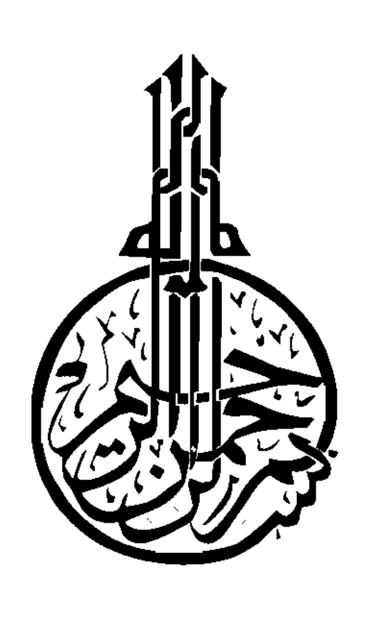
الترقيــم الدولي : ٣-٤٠٣-٣٠٠-٩٧٧-٩٧٨

دار الحديث

طبـــع . نشـــر . توزيـــع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون : ٢٥٨٩٩٤٠٩ / ٢٥٩١٨٧١٩ / ٢٥٩١٩٦٩٧ فاكس : ٢٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، كلما ذكره الذاكرون وكلما غفل عن ذكره الغافلون، ورضي الله عن الصحابة أجمعين وعن التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، وسلم عليه وعليهم تسليما كثيرا، وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

أما بعد ،،،،،

فإن الله تعالى أكمل بنبيه محمد ﷺ دينه القويم، وهدى به مَن شاء إلى الصراط المستقيم، وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأحكم القواعد، وشيده بالتقوى والعدل، وجلب المصالح ودرء المفاسد، وأيده بالأدلة الموضحة للحق وأسبابه المرشدة إلى إيصال الحق لأربابه، وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق وصوابه، ولذلك قال سبحانه وتعالى: ﴿وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَّا مُبَدِّلَ لِكَلِمَـٰتِهِۦ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ ﴿١١٥﴾﴾ [الأنعام] فالمراد بالكلمات القرآن العظيم الذي تمت دلائله وحججه وأوامره ونواهيه وأحكامه وبشارته ونذارته وأمثاله، وقال تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَـٰمَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣].

ولما كان علم القضاء من أجل العلوم قدرًا وأعزها مكانًا وأشرفها ذكرًا؛ لأنه مقامٌ عليٌّ ومنصب نبوي، به الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب، وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب، والحِجاج التي يفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القطا ويقصر فيها الخطا، كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية وحمدت عقباه في البداية والنهاية.

وقال مالك بن أنس رَحِمَهُ اللهُ: كان الرجال يقدمون إلى المدينة من البلاد ليسألوا عن علم القضاء، وليس كغيره من العلوم، ولم يكن بهذه البلدة أعلم بالقضاء من أبي بكر بن عبد الرحمن كان قاضيًا لعمر بن عبد العزيز، وكان قد أخذ شيئًا من علم القضاء من

أبان بن عثمان، وأخذ ذلك أبان عن أبيه عثمان بن عفان رضي الله عنهما.

ودليل قول مالك: أن علم القضاء ليس كغيره من العلوم، قوله تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ﴾ [الأنبياء: ٧٨- ٧٩] فأثنى سبحانه وتعالى عن داود باجتهاده في الحكم، وأثنى على سليمان باجتهاده وفهمه وجه الصواب.

وروي عن الحسين ﷺ في قوله تعالى: ﴿ وَشَدَدْنَا مُلْكَهُۥ وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ ﴿٢٠﴾﴾ [ص] قال: هو علم القضاء، ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب؛ لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع الجزئيات، وغالبًا تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكرًا، ولا أحاط بها الفقيه خبرًا، وعليها مدار الأحكام، والجاهل بها يخبط خبط عشواء في الظلام، ولذلك قال أبو الأصبغ بن سهل: لولا حضوري مجلس الشورى مع الحكام ما دريت ما أقول في أول مجلس شاورني فيه ابن الأمير سليمان بن أسود، وأنا يومئذ أحفظ المدونة والمستخرجة الحفظ المتقن.

ولذلك ألَّف الفقهاء رحمهم الله كتب الوثائق، وذكروا فيها أصول هذا العلم على وجه الاقتصار والإكثار، فمنهم من أوجز ومنهم من أطنب، وكان الغرض بهذه التأليف ذكر قواعد هذا العلم، وبيان ما تُفَصَّلُ به الأقضية من الحِجاج، وأحكام السياسة الشرعية، وبيان مواقعها وما وقع فيه من تكرار المسائل.

وللمالكية في ذلك العلم الكثير من المؤلفات التي فاقت بهذا العلم، وما تركت فيه مسألة إلا وتم النظر فيها، وتنوعت فيها الآراء، ومن تلك الكتب كتاب «الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام» لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي المعروف بـ«ميارة الفاسي» المتوفى سنة **١٠٧٢** هـ / **١٦٦٢** م، وهو شرحًا لمنظومة «تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام» لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المالكي المعروف بابن عاصم المتوفى سنة **٨٢٩** هـ / **١٤٢٦** م، وقد أفاض ميارة الفاسي في شرح التحفة وأطنب، وأتم شرحها على خير وجه، واعتمد في شرحه على الكثير من الآراء، ولم يقتصر على رأي واحد بل عدد، وكان يأتي بالرأي والرأي المخالف له، ولم يقف نقله على كتاب واحد أو عالم واحد بل اعتمد على أكثر من ثلاثين

كتابًا، وعدد آراء أكثر من مائة وخمسين فقيهًا.

وأحمد الله كثيرًا على حسن تقديره ولطفه حيث أنعم عليَّ بالقيام على إخراج هذا العمل في صورته التي ترونها، وقد اخترت هذا الكتاب لحسن صياغته وسهولة ألفاظه وحسن جمعه للمسائل وكيفية تفصيلها وشرحها، فهو من الكتب التي تعتبر المراجع الأساسية في المعاملات الفقهية والقضاء، فأسأل الله أن أكون قد وُفِّقْتُ حسن إخراجه بتلك الصورة، راجيًا منه أن يتقبله ويجعله لي برهانًا ونورًا يوم لا ينفع العبد إلا العمل الذي تقبله الله تعالى، حيث قال: ﴿وَمَن لَّمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُۥ نُورًا فَمَا لَهُۥ مِن نُّورٍ﴾ [النور: ٤٠]، وأن يجعله لي لا عليَّ ويجعله في ميزان حسناتي.

والحمد لله رب العالمين

الراجي عفو ربه/

محمد عبد السلام محمد سالم

ترجمة صاحب التحفة

اسْمُهُ ونَسَبُهُ وَمَولده:

قاضي الجماعة أبو بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي القيسي الفقيه الأصولي المحدث العالم الكامل المحقق، المطلع، المتفنن في علوم شتى، المرجوع إليه في المشكلات والفتوى، قاض من فقهاء المالكية بالأندلس.

مولده بغرناطة عام (٧٦٠ هـ / ١٣٥٩م)، قال ابنه أبو يحيى في مستهل شرحه لنظم التحفة: وُلِدَ رحمه الله تعالى في الربع الثالث من يوم الخميس الثاني عشر لشهر جمادى الأولى من عام ستين وسبع مائة.

شُيوخُه:

ومن شيوخه:

١- مفتي الحضرة وقطب الجملة، الأستاذ الشهير أبو سعيد فرج بن قاسم بن أحمد بن لب الثعلبي الغرناطي الأندلسي، شيخ شيوخ غرناطة، وكان إمامًا في أصول الدين وأصول الفقه، المتوفى ٧٨٢ هـ[(١)].

٣- وناصر السنة الأستاذ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، من علماء المالكية، المتوفى ٧٩٠هـ[(٢)].

٤- وقاضي الجماعة أبو عبد الله محمد بن علي بن قاسم بن علي بن علاق الأندلسي، الغرناطي، فقيه، فرضي، خطيب، حافظ، من القضاة، توفي في ٢ شعبان ٨٠٦ هـ[(٣)].

٥- وخاله قاضي الجماعة أبو بكر أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن جزي الكلبي، الغرناطي، المتوفى ٧٨٥ هـ، ابن الخطيب الشهير أبي القاسم بن جزي، المتوفى ٧٤١ هـ[(٤)].

٦- والشريف الشهير أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد التلمساني، ابن الشريف:

---

(١) انظر: بغية الوعاة ٣٧٢، ونيل الابتهاج ٢١٩، والكتيبة الكامنة ٦٧، وغاية النهاية في طبقات القراء ١/ ٢٧٩، والديباج المذهب ١/ ١٢١، وشذرات الذهب ٦/ ٢٨٠.

(٢) انظر: فهرس الفهارس ١/ ١٣٤، ونيل الابتهاج على هامش الديباج ٤٦ - ٥٠.

(٣) انظر: معجم المؤلفين ١١/ ٣٤.

(٤) انظر: معجم المؤلفين ٢/ ٧٢، وطبقات النسابين ١/ ٢٦،وشذرات الذهب ٦/ ٢٨٦.

من علماء المالكية، المتوفى **٧٩٢** هـ[١].

مُصَنَّفَاتـه:

لابن عاصم الكثير من التواليف المهمة، ذات الأهمية الكبرى والقدر العلمي الجليل، ومعظمها على وتيرة النظم، وهي:

١- منظومة «تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام».

٢- الأرجوزة المسماة بـ«مهيع الأصول في علم الأصول» فقه (مخطوط).

٣- الأرجوزة الصغرى المسماة بـ«مرتقى الأصول إلى الضروري من الأصول» (مخطوط).

٤- الأرجوزة المسماة بـ«نيل المنى في اختصار الموافقات» (مخطوط).

٥- والقصيدة المسماة بـ«إيضاح المعاني في القراءات الثماني» (مطبوع).

٦- والقصيدة المسماة بـ«نيل المرقوب في قراءة يعقوب» (مخطوط).

٧- والقصيدة المسماة بـ«كنز المفاوض في علم الفرائض» (مخطوط).

٨- والقصيدة المسماة بـ«إيضاح الغوامض في علم الفرائض» أيضًا (مخطوط).

٩- والأرجوزة المسماة بـ«الموجز في النحو» حاذى بها رجز ابن مالك في عَروض البسط له والمحاذاة لقصده (مخطوط).

١٠- والكتاب المسمى بـ«الحدائق في أغراض شيء من الآداب والحكايات» (مطبوع).

ثَنَاءُ العُلَمَاءِ عَلَيْهِ:

وقد أنشد أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن القاضي بيتًا رمز فيه لولادة الناظم ووفاته وبلده:

وقد (رقصت) غرناطة بابن عاصم و(سحت دموعًا) للقضاء المنزل

فرمز بحروف (رقصت) لسنة الولادة ومجموعها بحساب الجمل ستون وسبع مائة، ورمز للوفاة بحروف (سحت دموعًا) ومجموعها بحساب الجمل ثمان مائة وتسعة وعشرون.

(١) انظر: الأعلام للزركلي ٤/١٢٧.

وَفَاتـه:

قال ابنه أبو يحيى: وتوفي فيما بين صلاتي العصر والمغرب من يوم الخميس الحادي عشر لشوال عام تسع وعشرين وثماني مائة (٨٢٩هـ/ ١٤٢٦)[1].

(١) انظر: شجرة النور الزكية ٢٤٧، ونيل الابتهاج ص ٢٨٩، ومعجم المطبوعات ص ١٥٦.

التعريف بالتحفة

وكانت تحفة الحكام من أجلِّ ما أُلِّف في علم الوثائق والإبرام؛ لسلامة نظمها ووجازة لفظها وجزالته، وقلة تعقيده وسهولة حفظه، ويشهد بذلك العيان وليس من بعده بيان، ولكونها قد اجتمع فيها ما افترق في غيرها، فإنها جمعت فأوعت، وقد نظم ابن عاصم التحفة في ١٦٩٨ بيتًا، جمع فيها كل ما يتعلق بعلم القضاء.

وقد اعتنى بشرحه ونثر اللآلئ المنظومة في عقده الكثير من الفقهاء، ومنهم ولده الإمام قاضي الجماعة أبو يحيى محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم القيسي الأندلسي الغرناطي، ثم شرحه من بعده الكثير.

شروح تحفة الحكام :

١- «الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام» لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي المعروف بميارة الفاسي، المتوفى ١٠٧٢هـ[1]، -وهو الكتاب الذي بين أيدينا- ، ويعتبر الإتقان والإحكام من أهم وأبرز وأجود الشروح التي وضعت على العاصمية؛ إذ أتى فيه على جميع أبيات المنظومة شرحًا وتفصيلاً، وبيانًا وتعليلاً، مستفيدًا في ذلك مما سبقه من شروح، ومما حصَّله من علوم وفنون.

٢- «البهجة في شرح التحفة» لأبي الحسن علي بن عبد السلام بن علي الفاسي التسولي، المتوفى ١٢٥٨هـ[2]، وشرحه جيد (مطبوع).

٣- «توضيح الأحكام على تحفة الحكام» للعلامة عثمان بن عبدالقاسم بن المكي التوزري الزبيدي التونسي، المتوفى بعد ١٣٣٨هـ[3]، (مطبوع).

٤- «حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم» لأبى عبد الله محمد بن محمد الطالب بن محمد بن علي ابن سودة المرى الفاسى التاودى المالكى، المتوفى سنة ١٢٠٧هـ[4]، وشرحه لا يفي ولم يستوعب كل المسائل.

٥- «إحكام الأحكام على تحفة الحكام» لمحمد بن يوسف بن محمد بن سعد

---

(١) ستأتي ترجمته.
(٢) انظر: معجم المؤلفين ٧/ ١٢٢.
(٣) انظر: الأعلام للزركلي ٤/ ٢١٢.
(٤) انظر: شجرة النور ٣٧٢.

الحيدري التونسي الأزهري الأشعري المالكي الخلوتي، المعروف بالكافي، المتوفَّى ١٣٨٠هـ[١]، (شرح خفيف).

٦- «شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام» لأبي يحيى محمد بن محمد بن محمد بن عاصم ابن المؤلف، وكان حيًّا سنة ٨٥٧ هـ[٢]، وشرحه جيد.

٧- «وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم» لأبي العباس أحمد بن عبد الله المعروف باليزناسني نسبًا واشتهارًا، العبد الوادي التلمساني.

٨- «غاية الإحكام في شرح تحفة الحكام» لأبي حفص عمر بن عبد الله بن عمر الفهري الفاسي، المتوفى ١١٨٨هـ[٣].

٩- «تحرير الأحكام على تحفة الحكام» لمحمد بن عبد القادر السعودي[٤].

١٠- «شرح تحفة الحكام» لبدر الدين محمود بن أحمد بن موسى، العيني[٥].

١١- «تنوير الأفهام بختم تحفة الحكام» لأحمد بن العياشي المعروف بسكيرج، المتوفى ١٣٦٣هـ[٦].

١٢- «شرح تحفة الحكام» لأبي الفضل محمد المالكي[٧].

١٣- «شرح تحفة ابن عاصم» للزرهوني ١٢٦٠هـ[٨].

ثناء العلماء على التحفة:

قال التسولي رحمه الله: لما كانت تحفة الحكام من أجلِّ ما ألف في علم الوثائق والإبرام، لسلامة نظمها ووجازة لفظها، ولكونها قد اجتمع فيها ما افترق في غيرها، ومَنَّ الله علينا بتدريسها وإقرائها وإبراز خفي معانيها، وذكر فروع تناسبها، ونكت تقيد شواردها، وتحل مقفلها، طلب مني الكثير من طلبة الوقت أن أضع لهم شرحًا

---

(١) انظر: معجم المؤلفين ١٢/١٣٦.

(٢) انظر: معجم المؤلفين ١١/٢٩٣، وشجرة النور ٢٤٨، وكشف الظنون ٣٦٥.

(٣) انظر: معجم المؤلفين ٧/٢٩٤.

(٤) انظر: فهرس مخطوطات الأزهرية ١/٢٤٧.

(٥) انظر: خزانة التراث رقم (٩٥٢٧٧).

(٦) انظر: معجم المؤلفين ١٣/٣٦٥.

(٧) انظر: فهرس مخطوطات الأزهرية ١/٢٥٥.

(٨) انظر: الأعلام للزركلي ٦/٢٦٥.

عليها، يشفي الغليل ويكمل المرام، ويكشف من خفي معانيها ما وراء اللثام، ويحتوي على إعراب كل ألفاظها؛ ليتدرب المبتدئ بعلم النحو الذي عليه المدار في الفهم والإفهام، وعلى بيان منطوقها ومفهوم الكلام، وعلى إبراز فرائد الفوائد وفروع تناسب المقام، مُبَيِّنًا فيه ما به العمل عند المتأخرين من قضاة العدل والأئمة الكرام، مرتكبًا في ذلك أبسطِ العبارة، ولم أصرح بالانتقاد على أحد من شراح هذا الكتاب.

ترجمة الشارح

اسْمُهُ ونَسَبُهُ وَمَولده:

محمد بن أحمد بن محمد، الفاسي، أبو عبد الله، الشهير بميارة، فقيه مالكي من أهل فاس، ولد سنة ٩٩٩ هـ.

مُصَنَّفَاتـه:

ومن مصنفاته:

١- الإتقان والأحكام في شرح تحفة الحكام لابن عاصم.

٢- تكميل المنهج ذيل به نظم الزقاق.

٣- الدر الثمين والمورد المعين في شرح مرشد المعين لعبد الواحد الفاسي ويعرف بـ«ميارة الكبير»، تمييزًا عن مختصر له يسمى «ميارة الصغير».

٤- الروض المبهج في تكميل المنهج.

٥- مختصر الدر الثمين.

٦- نصيحة المغترين في الرد على ذوي المتفرقة بين المسلمين.

٧- زبدة الأوطاب في اختصار الحطاب.

٨- شرح مختصر الشيخ خليل.

وَفَاتـه:

توفي سنة ١٠٧٢ هـ[1].

---

(١) انظر: صفوة من انتشر ص ١٤٠، والتيمورية ٣/٢٩٧، وسلوة الأنفاس ١/١٦٥، وهدية العارفين ٢/٢٩٠، وفهرس الأزهرية ٢/٣٠٩، وإيضاح المكنون ١/٢٢، وفهرست الخديوية ٣/١٦٤، ومعجم المؤلفين ٩/١٤.

التعريف بالكتاب

فرغ الفاسي من تأليف الإتقان والإحكام سنة ١٠١٨ هـ، وقد أسهب الفاسي وأجاد في شرح التحفة خير إجادة، فقام بإيضاح معاني الألفاظ وما تحويه من إشارات، وذِكر آراء الفقهاء على شتى الطرق، فكان يأتي بالرأي وما يخالفه ويوضح علة أو سبب كل رأي، وأحيانًا كان يدلي بفتواه الخاصة أو رأيه الفقهي معبرًا عنه بـ«قلت:...».

وقد اعتمد الفاسي على الكثير من الكتب في النقل والأخذ إلى أن بلغ عدد الكتب التي اعتد عليها ما يقرب من أربعين كتابًا، وهي:

١- المدونة للإمام مالك.

٢- تهذيب المدونة للبراذعي.

٣- الياقوتة لأبي إسحاق غبراهيم بن عبد الله بن الحاج.

٤- مفيد الحكام لابن هشام.

٥- المقرِّب لابن أبي زمنين.

٦- المنتخب لابن أبي زمنين.

٧- المقصد المحمود لأبي القاسم الجزيري.

٨- إيضاح المسالك للونشريسي.

٩- مختصر خليل.

١٠- التوضيح لخليل.

١١- المدخل لابن أبي [illegible]حة الأندلسي.

١٢- شفاء الغليل لابن غازي.

١٣- تكميل التقييد لابن غازي.

١٤- الكليات الفقهية للمقري.

١٥- المعيار لأحمد الونشريسي.

١٦- الطرر لابن عات.

١٧- المسألة الأمليسية في الأنكحة الإغريسية لأبي سالم الجلالي.

١٨- الرسالة لابن أبي زيد القيرواني.

١٩- الفائق لأحمد الونشريسي.

٢٠- المنهج المنتخب للزقاق.

٢١- الوثائق المجموعة لابن أبي زمنين.

٢٢- شرح المنهج المنتخب للمنجور.

٢٣- النوادر والزيادات لابن أبي زيد.

٢٤- شرح التسهيل لجلال الدين الدماميني.

٢٥- أصول الفتيا لابن الحارث.

٢٦- اللباب لابن راشد.

٢٧- معين الحكام لابن عبد الرفيع.

٢٨- البيان والتحصيل لابن رشد الجد.

٢٩- المقدمات لابن رشد الحفيد.

٣٠- الكافي للقاضي عبد الوهاب.

٣١- التلقين للقاضي عبد الوهاب.

٣٢- المقنع لابن بطال.

٣٣- المنهج السالك لابن زرقون.

٣٤- شرح حدود ابن عرفة للرصاع.

٣٥- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب.

٣٦- التاج والإكليل شرح مختصر خليل للمواق.

٣٧- منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش.

٣٨- ومواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب.

٣٩- وجامع الأمهات لابن الحاجب، وكان من أكثر الكتب التي اعتد عليها الفاسي في شرحه.

واعتمد الفاسي على الكثير من آراء الفقهاء مثل: مالك، وابن القاسم، وسحنون، وأشهب، وابن رشد الجد، وابن حبيب، واللخمي، وغيرهم الكثير.

ووقع الكتاب في ثمانية عشر بابًا، أولهم باب القضاء وآخرهم باب التوارث، وتحت كل باب ما يحوي من الفصول.

العمل في الكتاب

قام العمل في الكتاب على النحو التالي:

١- قمت بإخراج النص بصورة صحية.

٢- تم تشكيل النص تشكيلاً كاملاً.

٣- تم تخريج الآيات القرآنية والأحاديث من كتب الحديث.

٤- تم العزو إلى المصادر التي وردت في الكتاب على النحو المستطاع لنا.

٥- تم التعريف بالأعلام إلا بعض الأعلام التي لم تتح لي المصادر لترجمتها وبعض الآخر الذي التبس علينا.

٦- تم التعليق على بعض المسائل إذا احتِيج إلى ذلك، ولم نزيد في التعليق لكفاية ما جاء به الشارح من شرح وعدم حاجة الكتاب إلى ذلك.

نسخ الكتاب

اعتمدت في إخراج نص الكتاب على نسختين: الأولى مخطوط، والثانية نسخة طبعة دار الكتب العلمية ببيروت سنة ١٤٢٠ هـ، ووجدت بها بعض الأخطاء والسَّقْط.

النسخة الخطية:

وهي مخطوط يتكون عدد صفحاته من ٥٣٥ صفحة، وينقسم إلى جزأين، وقد حصلت عليها من مكتبة جامعة الملك سعود بالرياض.

صور المخطوط

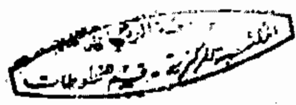


صفحة العنوان

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وسلم

قال الشيخ الإمام العلامة العارف
شيخ الإسلام ومفتي الأنام الفقيه
أبو عبد الله سيدي محمد بن أحمد ميارة قدس الله روحه
وأعلى في الدارين قدره آمين

الحمد لله المنفرد بالحكم والتدبير، المتمسك بالفضل والتقدير، الذي شرع الأحكام للعباد، وكفهم بتبيينها عن الظلم والفساد، وألحق الحكام بالشرائع الإسلامية، وأغناهم بها عن الاشتباه بالكفرة [illegible]، وعصمهم باتباعهم المنقول عن تحكيم تحسين العقول، فله الحمد والشكر بكل لسان من كل ملك وإنس وجان، وصلوات الله التي لا تحصى عددا، وسلامه الذي لا ينقضي أبدا، وتحياته ورضوانه ورحمته من كانت السرمدية أبدا، على العلم الأكرم والشفيع الأعظم ملتقى الاسم من سيد [illegible] الغوث [illegible] عن الهوى [illegible] من الوجود، وعين الجود، [illegible] الكونين، رسول الملأ الأعلى إلى الثقلين، النبي الأمي سيدنا ومولانا محمد، أرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله، وعلمه من لدنه علما يحير أفكار الخلق عن الإحاطة بأقله، وحلاه من الخلال [illegible] بكل خلق كريم، فقال [illegible] وإنك لعلى خلق عظيم، وجعله للمؤمنين بشيرا [illegible]، ومن [illegible] ليكون للعالمين نذيرا، يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر، ويدلهم على الله بما يعرف من الأدلة والآيات، ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث، ويبذل لهم نصحه [illegible]، ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت [illegible] عليهم، ويبين لهم دينهم



الصفحة الأولى

امتثالا لقوله تعالى وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم
فقام صلى الله عليه وسلم بأعباء الرسالة مع تحرير المقالة وإيضاح
الدلالة فلم يأل جهده في الإرشاد والتهذيب والتبيين و
والتقريب والإجمال للأحكام والتفصيل والإيجاز والتفصيل
بين كل منهج مقصود ولا معترض يجد كل ذلك بلونه يختم
ونوضح بين الفهم وكلام وإيراد معنى إيراده مبين للحقائق
أخرج من الظلمة بأنوار الرقائق وغنى عن اقتباس المعرفات
بكفيل بإيضاح المهمات حتى صارت قواعده مبينة لا
يحتاج المرء فيها إلى بينة فعلم الأمة باب الاجتهاد
والقياس المرد له إلى الكتاب والسنة اقتداء لكي لا يكون
على المؤمنين حرج ولا في الدين عليهم عوج وليكون للمخطئ المجتهد
أجر وللمصيب أجران وبين كل ما هو من تكليفه فوجب علينا
الاعتصام بسنته بعد وفاته كما وجب علينا الانقياد له
في حياته قال تعالى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر
بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما
صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه وأزواجه وسلم تسليما
صلاة وسلاما ما نشا بهما من الله جميل الرضا ونحوز بهما عزة يوم
فصل القضاء ورضي الله عن أئمة الفقه وبحور الاقتداء و
ومعالم الزيادة ومعاقل الإمامة سادتنا أهل بيته الذين
أذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا وأعلى على كل آل قدرهم وأشهرهم
وأئمتنا صحابته والذين آمنوا وهاجروا والذين آووا ونصروا
التابعين لهم الخالصين لنبيه وعن من جد من أتباعهم و
جد من السلف والخلف في اتباعهم ما دام هذا الدين

الصفحة الثانية

بل القواعد الدينية، وفروع الشريعة وأصولها في كتب الأئمة
مدونة محصلة، تعرف بأن أحكام القضا هو من الدين بمنزلة الرأس
من سائر الأعضا، وأداؤه من أجل الآداب المرعية، وخطته
من أعظم الخطط الشرعية، وركن من أركان الشريعة بل هو
أسناها، ومن بين العلوم الإسلامية بل هو أسماها، ولذلك كان
القائمون من البشر بحقه، هم رسل الله أو ورثتهم من خلقه،
فقام بها هو صلى الله عليه وسلم ومن
بعده الخلفاء الراشدون، ولما تميز الملك من الخلافة فقام بها بعد
ذلك الأئمة المقتدون، وقد ألف الناس فيها فروعا وجزئيات،
وبادر العلماء في تبيين أصوله وقواعده فتنوعت تصانيفهم ما بين
ما تزيد فيه مطنب أو موجز، وناظم فصيح ومرتجز، وكان
من أجل ما ألف من المختصرات، التي أغنت عن كثير من المطولات،
رجز الإمام العالم، القاضي أبي بكر ابن المعظم، أبي بكر
محمد بن عاصم، فهو جامع لكثير من مقاصده، محتو على
جم غفير من فوائده، مع سلامة نظمه، ووجازة لفظه،
وقلة تعقيده، وسهولة ضبطه، فهو مما تكل عن الإتيان
بمثله من غيره بنان، وقد اعتنى بشرحه من بعده، ونشر الدرر
المنظومة في عقده ولده الإمام قاضي الجماعة أبو يحيى محمد
بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم القيسي الأندلسي الغرناطي، ذكر
في شرح تحفة والده أنه ولي القضاء عام ثمانية وثلاثين
وثمانمائة، احتفل فيه بجودة التخريج، وأكثر من النقول الصحيحة
الصحيحة، فأجاد وأعاد وأفاد، فجزاه الله خيرا، و
أجزل له أجرا، إلا أنه رضي الله عنه فيه أغفل من حل مقفلاته

مقدمة الكتاب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا

قَالَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ الْعَالِمُ الْعَلاَّمَةُ الدَّرَّاكَةُ الْفَهَّامَةُ، شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَمُفْتِي الْأَنَامِ، أَبُو عَبْدِ اللهِ سَيِّدِي مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ مَيَّارَةَ قَدَّسَ اللهُ سِرَّهُ وَأَعْلَى فِي الدَّارَيْنِ قَدْرَهُ: الْحَمْدُ للهِ الْمُنْفَرِدِ بِالْحُكْمِ وَالتَّدْبِيرِ، الْمُسْتَبِدِّ بِالْقَضَاءِ وَالتَّقْدِيرِ، الَّذِي شَرَحَ الْأَحْكَامَ لِلْعِبَادِ، وَكَفَّهُمْ بِتَنْفِيذِهَا عَنِ الظُّلْمِ وَالْفَسَادِ، وَأَتْحَفَ الْحُكَّامَ بِالشَّرَائِعِ الْإِسْلَامِيَّةِ، وَأَغْنَاهُمْ بِهَا عَنْ السِّيَاسَةِ الْكِسْرَوِيَّةِ، وَعَصَمَهُمْ بِاتِّبَاعِهِمْ الْمَنْقُولَ عَنْ تَحْكِيمِهِمْ تَحْقِيقَ الْعُقُولِ، فَلَهُ الْحَمْدُ وَالشُّكْرُ بِكُلِّ لِسَانٍ، وَمِنْ كُلِّ مَلَكٍ وَجِنٍّ وَإِنْسَانٍ.

وَصَلَوَاتُ اللهِ الَّتِي لَا تُحْصَى عَدَدًا، وَسَلَامُهُ الَّذِي لَا يَنْقَضِي أَمَدًا، وَرِضْوَانُهُ وَتَحِيَّاتُهُ، وَرَحْمَتُهُ وَبَرَكَاتُهُ، الْمُسْرَمَدَاتُ أَبَدًا عَلَى الْعَلَمِ الْأَكْبَرِ، وَالسَّيِّدِ الْأَطْهَرِ، مُتَلَقِّي السِّرِّ مِنْ شَدِيدِ الْقُوَى، فَلاَ يَنْطِقُ عَنْ الْهَوَى سِرِّ الْوُجُودِ، وَعَيْنِ الْجُودِ سَيِّدِ الْكَوْنَيْنِ وَرَسُولِ الْمَلِكِ الْأَعْلَى إِلَى الثَّقَلَيْنِ، النَّبِيِّ الْمُمَجَّدِ، سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ ﷺ، أَرْسَلَهُ بِالْهُدَى وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ، وَعَلَّمَهُ مِنْ لَدُنْهُ عِلْمًا عَجِزَتْ أَفْكَارُ الْخَلْقِ عَنْ الْإِحَاطَةِ بِأَقَلِّهِ، وَحَلاَّهُ مِنْ أَخْلَاقِهِ الرَّحْمَانِيَّةِ بِكُلِّ خُلُقٍ كَرِيمٍ، فَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ ۝﴾ [القلم] فَجَعَلَهُ لِلْمُهْتَدِينَ سِرَاجًا مُنِيرًا، وَنَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَيْهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا، يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنْ الْمُنْكَرِ، وَيَدُلُّهُمْ عَلَى اللهِ بِمَا يُعْرَفُ مِنَ الْأَدِلَّةِ وَلَا يُنْكَرُ، وَيُحِلُّ لَهُمْ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمْ الْخَبَائِثَ، وَيُقَرِّرُ ذَلِكَ لَهُمْ بِنُصْحٍ تَتَحَرَّكُ لِقَبُولِهِ الْبَوَاعِثُ، وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ قَبْلَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ، وَبَيَّنَ لَهُمْ دِينَهُمْ امْتِثَالًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤].

فَقَامَ ﷺ بِأَعْبَاءِ الرِّسَالَةِ، مَعَ تَحْرِيرِ الْمَقَالَةِ وَإِيضَاحِ الدَّلَالَةِ، وَلَمْ يَأْلُ جُهْدًا فِي الْإِرْشَادِ وَالتَّهْذِيبِ وَالتَّبْصِرَةِ وَالتَّقْرِيبِ، وَالْإِجْمَالِ لِلْأَحْكَامِ وَالتَّفْصِيلِ وَالْبَيَانِ وَالتَّحْصِيلِ، فَبَيَّنَ كُلَّ مَنْهَجٍ مَقْصُودٍ وَكُلَّ مَقْصِدٍ مَحْمُودٍ، كُلُّ ذَلِكَ بِلَفْظٍ مُخْتَصَرٍ، وَتَوْضِيحٍ يُزِيلُ الْغَبَرَ، وَكَلَامٍ فَائِقٍ وَمَعْنًى رَائِقٍ مُبَيِّنٍ لِلْحَقَائِقِ، وَآخِذٍ مِنَ الْبَلَاغَةِ

بِالْعُرَى الْوَثَائِقِ، غَنِيٍّ عَنْ اسْتِنْتَاجِ الْمُقَدِّمَاتِ، وَكَفِيلٍ بِإِيضَاحِ الْمُهِمَّاتِ، حَتَّى صَارَتْ قَوَاعِدُ دِينِهِ مُعَيَّنَةً، لَا يَحْتَاجُ الْمُدَّعِي فِيهَا إِلَى بَيِّنَةٍ، فَفَتَحَ لِأُمَّتِهِ بَابَ الاجْتِهَادِ وَالْقِيَاسِ، الَّذِي لَهُ إِلَى الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ اسْتِنَادٌ؛ لِئَلاَّ يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ، وَلَا يُرَى فِي دِينِهِمْ عِوَجٌ، وَلِيَكُونَ لِلْمُجْتَهِدِ الْمُخْطِئِ أَجْرٌ وَلِلْمُصِيبِ أَجْرَانِ، وَيُؤْتِي الْكُلَّ مِنْ رَحْمَتِهِ كِفْلَيْنِ.

فَوَجَبَ عَلَيْنَا الاعْتِصَامُ بِسُنَّتِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ، كَمَا وَجَبَ عَلَيْنَا الانْقِيَادُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ، قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ۝٦٥ ﴾ [النساء] صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَأَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا، صَلاَةً وَسَلاَمًا نَنَالُ مِنَ اللهِ بِهِمَا جَمِيلَ الرِّضَا، وَنَجِدُهُمَا عُدَّةً لِيَوْمِ فَصْلِ الْقَضَا، وَرَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْ أَئِمَّةِ الْهُدَى، وَنُجُومِ الاقْتِدَاءِ، وَمَعَالِمِ الدِّيَانَةِ، وَمَعَاقِلِ الْأَمَانَةِ، سَادَاتِنَا أَهْلِ بَيْتِهِ الَّذِينَ أَذْهَبَ اللهُ عَنْهُمْ الرِّجْسَ وَطَهَّرَهُمْ، وَأَعْلَى عَلَى كُلِّ آلٍ قَدْرَهُمْ وَأَشْهَرَهُمْ، وَأَئِمَّتِنَا أَصْحَابِهِ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا، وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا، الْقَائِمِينَ بِنُصْرَتِهِ، الْحَامِلِينَ لِشَرِيعَتِهِ، وَعَلَى مَنْ أَحْسَنَ اتِّبَاعَهُمْ، وَجَدَّ مِنَ الْأَئِمَّةِ السَّلَفِ وَالْخَلَفِ فِي اتِّبَاعِهِمْ، مَا دَامَ هَذَا الدِّينُ مُوَطَّأً بِالْقَوَاعِدِ الْبَيِّنَةِ، وَفُرُوعُ الشَّرِيعَةِ وَأُصُولُهَا فِي كُتُبِ الْأَئِمَّةِ مُدَوَّنَةٌ.

أَمَّا بَعْدُ ، ، ، ، ،

فَإِنَّ عِلْمَ أَحْكَامِ الْقَضَاءِ، هُوَ مِنْ الدِّينِ بِمَنْزِلَةِ الرَّأْسِ مِنْ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ، وَآدَابُهُ مِنْ أَجَلِّ الْآدَابِ الْمَرْعِيَّةِ، وَخُطَّتُهُ مِنْ أَعْظَمِ الْخُطَطِ الشَّرْعِيَّةِ، رُكْنٌ مِنْ أَرْكَانِ الشَّرِيعَةِ بَلْ هُوَ أُسُّهَا، وَرَئِيسُ الْعُلُومِ الْإِسْلاَمِيَّةِ بَلْ هُوَ رَأْسُهَا، وَلِذَلِكَ قِيلَ: الْقَائِمُونَ مِنْ الْبَشَرِ بِحَقِّهِ هُمْ رُسُلُ اللهِ أَوْ وَرَثَتُهُمْ مِنْ خَلْقِهِ، فَقَامَ بِهَا فِي هَذِهِ الْمِلَّةِ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَمِنْ بَعْدِهِ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ، وَلَمَّا تَمَيَّزَ الْمُلْكُ مِنَ الْخِلاَفَةِ صَارَ يُخْتَارُ لَهَا الْأَئِمَّةُ الْمُهْتَدُونَ، وَقَدْ أَلَّفَ النَّاسُ فِيهِ قَدِيمًا وَحَدِيثًا؛ وَسَارَ الْعُلَمَاءُ فِي تَبْيِينِ أُصُولِهِ وَقَوَاعِدِهِ سَيْرًا حَثِيثًا، مَا بَيْنَ نَاثِرٍ مُطْنِبٍ وَمُوجِزٍ وَنَاظِمٍ قَصِيدَةً أَوْ مُرْتَجِزٍ، وَإِنَّ مِنْ أَجَلِّ مَا أُلِّفَ فِيهِ مِنَ الْمُخْتَصَرَاتِ، الَّتِي أَغْنَتْ عَنْ كَثِيرٍ مِنْ الْمُطَوَّلَاتِ، رَجَزُ الْإِمَامِ الْعَالِمِ الْقَاضِي الرَّئِيسِ الْوَزِيرِ الْأَعْظَمِ، أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدٍ عُرِفَ بِابْنِ عَاصِمٍ، فَهُوَ جَامِعٌ لِكَثِيرٍ مِنْ مَقَاصِدِهِ، مُحْتَوٍ عَلَى جَمٍّ غَفِيرٍ مِنْ فَوَائِدِهِ، مَعَ سَلاَمَةِ نَظْمِهِ، وَجَزَالَةِ لَفْظِهِ، وَقِلَّةِ تَعْقِيدِهِ، وَسُهُولَةِ حِفْظِهِ، يَشْهَدُ

بِذَلِكَ الْعِيَانُ، وَلَيْسَ مِنْ بَعْدِهِ بَيَانٌ.

وَقَدْ اعْتَنَى بِشَرْحِهِ مِنْ بَعْدِهِ، وَنَثَرَ اللآلِئَ الْمَنْظُومَةَ فِي عِقْدِهِ، وَلَدُهُ الإِمَامُ قَاضِي الْجَمَاعَةِ أَبُو يَحْيَى مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَاصِمٍ الْقَيْسِيُّ الْأَنْدَلُسِيُّ الْغَرْنَاطِيُّ[1]، ذَكَرَ فِي شَرْحِ تُحْفَةِ وَالِدِهِ أَنَّهُ وُلِّيَ الْقَضَاءَ عَامَ ثَمَانٍ وَثَلَاثِينَ وَثَمَانِ مِائَةٍ، احْتَفَلَ فِيهِ بِجَوْدَةِ الْقَرِيحَةِ، وَأَكْثَرَ مِنَ النُّقُولِ الصَّحِيحَةِ، فَأَبْدَأَ وَأَعَادَ وَأَجَادَ وَأَفَادَ، فَجَزَاهُ اللهُ خَيْرًا، وَأَجْزَلَ أَجْرًا، إِلَّا أَنَّهُ قَدْ أَغْفَلَ عَنْ حَلِّ مُقْفَلَاتِهِ، مَا يَعُدُّهُ الْحُذَّاقُ مِنْ مُعْضِلَاتِهِ.

ثُمَّ شَرَحَهُ بَعْدَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَهُوَ ابْنُ الْعَبَّاسِ سَيِّدِي أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ يُعْرَفُ بِالْيَزْنَاسِيِّ نَسَبًا وَاشْتِهَارًا[2]، الْعَبْدُ الْمُرَادِيُّ أَصْلاً وَنِجَارًا، التِّلِمْسَانِيُّ نَشْأَةً وَدَارًا، شَرْحًا اعْتَنَى فِيهِ بِتَفْكِيكِ الْعِبَارَةِ، وَأَغْنَى بِالتَّصْرِيحِ عَنْ الْإِشَارَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَشْفِ فِي النَّقْلِ غَلِيلاً، وَلَا أَبْرَأَ مِنْ دَاءِ الْجَهْلِ عَلِيلاً، وَقَدْ شَرَحَهُ أَيْضًا بَعْضُ أَئِمَّةِ الْمَالِكِيَّةِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ مِنْ مِصْرَ وَلَمْ يَصِلْ شَرْحُهُ إِلَيْنَا.

وَلَمَّا مَنَّ اللهُ عَلَيْنَا بِإِقْرَائِهِ وَقِرَاءَتِهِ وَاسْتِعْمَالِ الْفِكْرِ فِي تَفَهُّمِ عِبَارَتِهِ، وَقَيَّدْنَا عَلَى هَوَامِشِ الْمَتْنِ وَالشَّرْحِ مَا هُوَ كَالتَّتِمَّةِ لِلشَّرْحَيْنِ، وَأَبْرَزْنَا مِنْ نُكَتِهِ وَتَحْرِيرَاتِهِ مَا فِيهِ لِطَالِبِهِ قُرَّةُ الْعَيْنِ، طَلَبَ مِنَّا بَعْضُ مَنْ عَايَنَ ذَلِكَ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَشَاهَدَهُ مِنْ ذَوِي الْأَلْبَابِ، أَنْ أَشْرَحَهُ شَرْحًا كَفِيلاً بِمُحَصِّلِ الشَّرْحَيْنِ، حَائِزًا لِكِلْتَا الْفَضِيلَتَيْنِ، مِنْ إِيرَادِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ النَّاظِرُ مِنَ النَّقْلِ، وَتَبْيِينِ الْعِبَارَةِ حَتَّى يَتَّضِحَ مَعْنَاهَا لِلْعَقْلِ، مُطَرِّزًا ذَلِكَ بِفَوَائِدَ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا النَّاظِرُ، وَقَوَاعِدَ يَسْتَعِينُ بِهَا الْمُنَاظِرُ، وَتَنْبِيهَاتٍ وَتَحْقِيقَاتٍ تُزِيلُ

---

(١) الإمام العلامة، الوزير الرئيس، والكاتب البليغ الجليل، الخطيب الجامع الكامل، الشاعر المفلق الناثر، الحجة، والخاتمة رؤساء الأندلس بالاستحقاق، القاضي محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم القيسي الأندلسي الغرناطي، قاضي الجماعة بها، كان رحمه الله تعالى من أكابر فقهائها وعلمائها، أخذ عن: الإمام المحقق أبي الحسن بن سمعة، والإمام القاضي أبي القاسم بن سراج، وغيرهم، ولي القضاء عام ٨٣٨ هـ، وله عدة تآليف، منها: شرحه العجيب على تحفة والده في الأحكام، وهو كتاب نافع، فيه فقه متين، ونقل صحيح، وكتاب (جنة الرضى في التسليم لما قدر الله وقضى) يندب فيه بلاد الأندلس ويحرك عزائم المسلمين لإنقاذها حين استولى الفرنجة على أكثرها، وكتاب (الروض الأريض) كأنه ذيَّل به إحاطة ابن الخطيب، وله غير ذلك، ويقال: إنه توفي ذبيحًا من جهة السلطان سنة ٨٥٧ هـ. انظر: أزهار الرياض في أخبار عياض ١/١٤٥، ونفح الطيب ٣/٤٠٢، وشجرة النور ص ٢٤٨.

(٢) وقد سماه «وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم».

الشُّبُهَاتِ، فَجَاءَ بِحَمْدِ اللهِ تَعَالَى شَرْحًا بِمَقْصُودِ طَالِبِهِ وَافِيًا، وَبِسَهْمِ صَائِبٍ فِي مُؤَلَّفَاتِ الْفِقْهِ رَامِيًا، نَسْأَلُ اللهَ أَنْ يَجْعَلَهُ مِنَ الْأَعْمَالِ الَّتِي لَا تَنْقَطِعُ بِالْوَفَاةِ، وَلَا تُعَقِّبُ صَاحِبَهَا حَسْرَةَ الْفَوَاتِ، وَأَنْ يَنْفَعَ بِهِ كَمَا نَفَعَ بِأُصُولِهِ كُلَّ مَنْ رَغِبَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَحْصِيلِهِ وَحُصُولِهِ، وَيَجْعَلَهُ وَصْلَةً بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ، وَيُنِيلَنَا بِهِ فِي الدَّارَيْنِ غُفْرَانَهُ وَأَمْنَهُ، إِنَّهُ سَمِيعٌ مُجِيبٌ، رَحِيمٌ قَرِيبٌ، وَسَمَّيْتُهُ «الْإِتْقَانَ وَالْإِحْكَامَ فِي شَرْحِ تُحْفَةِ الْحُكَّامِ» جَعَلَهُ اللهُ خَالِصًا لِوَجْهِهِ وَمُقَرِّبًا مِنْ رَحْمَتِهِ.

قَالَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى:

الْحَمْدُ للهِ الَّذِي يَقْضِي وَلَا ... يُقْضَى عَلَيْهِ جَلَّ شَأْنًا وَعَلَا

ثُمَّ الصَّلَاةُ بِدَوَامِ الْأَبَدِ ... عَلَى الرَّسُولِ الْمُصْطَفَى مُحَمَّدِ

وَآلِهِ وَالْفِئَةِ الْمُتَّبَعَهْ ... فِي كُلِّ مَا قَدْ سَنَّهُ وَشَرَعَهْ

قَالَ الشَّارِحُ وَلَدُ النَّاظِمِ[1] -رَحْمَةُ اللهِ عَلَى الْجَمِيعِ- فِي طَالِعَةِ شَرْحِهِ فِي التَّعْرِيفِ بِوَالِدِهِ النَّاظِمِ الْقَاضِي أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عَاصِمٍ مَا نَصُّهُ: وَقَدْ رَأَيْت أَنْ أُقَدِّمَ بَيْنَ يَدَيْ الْكَلَامِ فَصْلاً يَتَضَمَّنُ التَّعْرِيفَ بِمَشْيَخَةِ الشَّيْخِ وَالِدِي رَحِمَهُ اللهُ وَبِتَآلِيفِهِ وَمَوْلِدِهِ وَوَفَاتِهِ، وُلِدَ رَحِمَهُ اللهُ ثَانِيَ عَشَرَ جُمَادَى الْأُولَى مِنْ عَامِ سِتِّينَ وَسَبْعِ مائَةٍ، وَتُوُفِّيَ حَادِي عَشَرَ شَوَّالٍ مِنْ عَامِ تِسْعَةٍ وَعِشْرِينَ وَثَمَانِ مائَةٍ.

وَمِنْ شُيُوخِهِ: الشَّيْخُ الْأُسْتَاذُ الْمُفْتِي الشَّهِيرُ أَبُو سَعِيدٍ فَرَجُ بْنُ قَاسِمِ بْنِ لُبٍّ[2]، وَالْأُسْتَاذُ أَبُو عَبْدِ اللهِ مُحَمَّدٌ الْقَيْجَاطِيُّ[3]، وَنَاصِرُ السُّنَّةِ الْأُسْتَاذُ أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ

---

(١) أبو يحيى محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم القيسي الأندلسي الغرناطي.

(٢) فرج بن قاسم بن أحمد بن لب أبو سعيد الثعلبي الغرناطي، شيخ الأندلس في زمانه ومفتيها، وخطيب جامع غرناطة الأكبر، نحوي من الفقهاء العلماء، انتهت إليه رئاسة الفتوى في الأندلس، وُلد سنة ٧٠١ هـ، وقرأ القراءات على علي بن عمر القيجاطي، وروى عن أبي عبد الله الوادياشي، أخذ العلم عن أبي جعفر أحمد بن الحسن بن علي بن الزيات، وقاضي غرناطة محمد بن يحيى بن بكر الأشعري، وعبد الله بن علي بن سلمون، له (الأجوبة الثمانية)، وأرجوزة في (الألغاز النحوية)، وتوفي سنة ٧٨٢ هـ. انظر: بغية الوعاة ٣٧٢، وغاية النهاية ١/ ٢٧٩، ومعجم المؤلفين ٨/٥٨، والديباج المذهب ١/ ١٢١، وشذرات الذهب ٦/ ٢٨٠.

(٣) محمد بن محمد بن علي بن عمر بن إبراهيم بن عبد الله، أبو عبد الله، الكناني، القيجاطي، الأندلسي، أستاذ مقرئ وعالم كامل، انتهت إليه مشيخة الإقراء في هذا الزمان بالأندلس، قرأ على جده أبي الحسن علي=

مُوسَى الشَّاطِبِيُّ(١)، وَقَاضِي الْجَمَاعَةِ الْحَافِظُ أَبُو عَبْدِ اللهِ مُحَمَّدُ بْنُ عِلَاقٍ(٢)، وَخَالَاهُ قَاضِي الْجَمَاعَةِ أَبُو بَكْرٍ(٣)، وَرَئِيسُ الْعُلُومِ اللسَانِيَةِ أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ اللهِ، ابْنَا الْخَطِيبِ الشَّهِيرِ أَبِي الْقَاسِمِ بْنِ جُزَيٍّ(٤)، وَالشَّرِيفُ الشَّهِيرُ أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ اللهِ بْنُ الشَّرِيفِ الْعَالِمِ أَبِي عَبْدِ اللهِ مُحَمَّدٍ التِّلِمْسَانِيُّ(٥)، وَالْقَاضِي الرَّحَّالُ أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ اللهِ بْنِ الْحَاجِّ النُّمَيْرِيُّ(٦)، وَالشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ مَنْصُورٍ الْأَشْهَبُ، وَالْأُسْتَاذُ أَبُو عَبْدِ اللهِ

=بن عمر، قرأ عليه صاحبنا أبو الحسن علي بن عيسى بن محمد الفهري الأندلسي البسطي، وحدث عنه برسالة كتبها في تجويز ترقيق اسم الله تعالى بعد توفيق الراء لورش في نحو ﴿لذكر الله﴾ و﴿أفغير الله﴾ وهي رسالة وَهِمَ فيها وقاس الترقيق على الكسر، والتزم أنه هو الإمالة حقيقة، مع اعترافه بأنه لم يسبقه إلى هذا القول أحد، ولكنه احتج فيه بمجرد القياس. انظر: الدرر الكامنة ٢/٨٧، غاية النهاية ١/٣٨٣.

(١) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ، لغوي، مفسر، من أهل غرناطة، كان من أئمة المالكية، من كتبه (الموافقات في أصول الفقه)، و (المجالس) شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري، و(الإفادات والإنشادات) رسالة في الأدب، و(الاتفاق في علم الاشتقاق) و(أصول النحو) و(الاعتصام) في أصول الفقه، و (شرح الألفية) سماه (المقاصد الشافية في شرح خلاصة الكافية) و(الجمان في مختصر أخبار الزمان)، توفي في شعبان سنة ٧٩٠ هـ. انظر: معجم المؤلفين ١/١١٨، نيل الابتهاج على هامش الديباج ٤٦.

(٢) محمد بن علي بن قاسم بن علي بن علاق الأندلسي، الغرناطي (أبو عبد الله) فقيه، فرضي، خطيب، حافظ، من القضاة، من آثاره (شرح مطول على ابن الحاجب الفرعي)، و(شرح فرائض ابن الشاط)، توفي في ٢ شعبان ٨٠٦ هـ. انظر: معجم المؤلفين ١١/٣٤، والضوء اللامع ٤/١٨٩.

(٣) أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن جزي الكلبي، الغرناطي (أبو بكر) عالم مشارك في الفقه والعربية والآداب والشعر والخط، ولي الخطابة والقضاء بغرناطة، من تصانيفه: تقييد على كتاب والده المسمى بالقوانين الفقهية، رجز في الفرائض، وشرح ألفية ابن مالك في النحو، توفي سنة ٧٨٥ هـ. انظر: معجم المؤلفين ٢/٧٢، وطبقات النسابين ١/٢٦، وشذرات الذهب ٦/٢٨٦.

(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي، أبو القاسم، فقيه من العلماء بالأصول واللغة، من أهل غرناطة، ولد سنة ٦٩٣ هـ، من كتبه (القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية) و(تقريب الوصول إلى علم الأصول) و(الفوائد العامة في لحن العامة) و(التسهيل لعلوم التنزيل) و(الأنوار السنية في الألفاظ السنية) وهو من شيوخ لسان الدين ابن الخطيب، توفي سنة ٧٤١ هـ. انظر: نفح الطيب ٣/٢٧٢، والدرر الكامنة ٣/٣٥٦، والمكتبة الأزهرية ١/١٨١، وأزهار الرياض ٣/١٨٤.

(٥) عبد الله بن محمد بن أحمد التلمساني، ابن الشريف، من علماء المالكية، اشتهر في تلمسان كأبيه، وصنف كتبًا منها: (شرح معالم أصول الدين للفخر الرازي)، و(شرح لمع الأدلة) للجويني. انظر: الأعلام ٤/١٢٧.

(٦) إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم النميري، أبو إسحاق، المعروف بابن الحاج، أديب أندلسي، من كبار الكتاب، ولد بغرناطة سنة ٧١٣ هـ، وارتسم في كتاب الإنشاء سنة ٧٣٤ هـ، ثم رحل إلى المشرق فحج وعاد إلى إفريقية، فخدم بعض ملوكها ببجاية وخدم سلطان المغرب الأقصى، وانتهى بالقفول إلى الأندلس=

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ الْبَلَنْسِيُّ[(١)]، رَحِمَهُمْ اللهُ أَجْمَعِينَ.

ثُمَّ عَدَّ جُمْلَةً مِنْ تَآلِيفِهِ فِي الْأُصُولِ وَالْقِرَاءَاتِ وَالْفَرَائِضِ وَالنَّحْوِ وَمِنْ جُمْلَتِهَا هَذَا النَّظْمُ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ سَمَحَ اللهُ لَهُ: وَقَدْ أَنْشَدَنَا صَاحِبُنَا الْفَقِيهُ المُؤَقِّتُ الْفَرْضِيُّ الْعَدَدِيُّ الْحَاجُّ أَبُو عَبْدِ اللهِ سَيِّدِي مُحَمَّدُ بْنُ الشَّيْخِ الْأُسْتَاذِ سَيِّدِي أَبِي الْقَاسِمِ بْنِ الْقَاضِي بَيْتًا لِنَفْسِهِ، رَمَزَ فِيهِ لِوِلَادَةِ النَّاظِمِ وَوَفَاتِهِ وَبَلَدِهِ، عَلَى طُرُقِ نَظْمِ الْوَفَيَاتِ لِلْكَاتِبِ الْقَشْتَالِيِّ[(٢)] فِي كَوْنِهِ مِنْ بَحْرِ الطَّوِيلِ، وَالرَّمْزُ لِلْوَفَاةِ بِالْحُرُوفِ بِحَسَبِ الْجُمَلِ فَقَالَ:

وَقَدْ رَقَصَتْ غَرْنَاطَةُ بِابْنِ عَاصِمٍ وَسَحَّتْ دُمُوعًا لِلْقَضَاءِ المُنَزَّلِ

فَرَمَزَ لِسَنَةِ الْوِلَادَةِ بِالرَّاءِ وَالْقَافِ وَالصَّادِ وَالتَّاءِ المُثَنَّاةِ، وَمَجْمُوعُ ذَلِكَ بِالْحِسَابِ المَذْكُورِ سِتُّونَ وَسَبْعُ مائَةٍ، ورَمْزًا لِلْوَفَاةِ بِالسِّينِ وَالْحَاءِ وَالتَّاءِ وَالدَّالِ وَالمِيمِ وَالْوَاوِ وَالْعَيْنِ وَالْأَلِفِ، وَمَجْمُوعُهُمَا بِالْحِسَابِ المَذْكُورِ ثَمَانُ مِائَةٍ وَتِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ، وَفِي تَعْبِيرِهِ بِالرَّقْصِ إِشَارَةٌ إِلَى الْوِلَادَةِ المَفْرُوحِ بِهَا؛ إِذْ الرَّقْصُ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ الْفَرَحِ غَالِبًا، كَمَا أَنَّ فِي التَّعْبِيرِ بِسَحِّ الدُّمُوعِ وَالْقَضَاءِ المُنَزَّلِ الْإِشَارَةَ لِلْمَوْتِ.

وَافْتَتَحَ النَّاظِمُ بِحَمْدِ اللهِ عَمَلاً بِمُقْتَضَى الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةِ الْكَرِيمَةِ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ

=فاستعمل في السفارة إلى الملوك، وولي القضاء بالقليم بقرب الحضرة، وركب البحر من المرية سنة ٧٦٨ هـ رسولًا عن السلطان إلى صاحب تلمسان السلطان أحمد بن موسى، فاستولى الفرنج على المركب وأسروه، ففداه السلطان بمال كثير، له تصانيف منها (المساهلة والمسامحة في تبيين طرق المداعبة والممازحة). انظر: جذوة الاقتباس ٨٧، والإحاطة ١/١٩٣، ومعجم المؤلفين ١/ ٥١.

(١) محمد بن علي بن أحمد الأوسي، أبو عبد الله البلنسي، عالم بالعربية، أندلسي، من أهل غرناطة، اشتهر بالانتساب إلى بلنسية، ولد سنة ٧٢٤ هـ، حصلت له محنة مع السلطان ثم صفح عنه، له كتب منها (صلة الجمع وعائد التذييل)، توفي سنة ٧٨٢ هـ. انظر: نيل الابتهاج ٢٧٠، والأزهرية ١/ ١٨٢، والدرر ٤/ ٨٩، ومعجم المؤلفين ١١/ ٤٦.

(٢) محمد بن أحمد بن عبد الملك، أبو عبد الله القشتالي، قاضي فاس، من العلماء بفقه المالكية والأدب، وأحد الكتاب البلغاء في عصره، ولاه سلطان المغرب قضاء فاس سنة ٧٥٦ هـ، وكان يوجهه في السفارة عنه إلى الأندلس، له تأليف في (الوثائق) يُعرف بوثائق القشتالي، ولأحمد ابن يحيى الونشريسي تعليق عليه سمّاه (غنية المعاصر والتالي)، توفي عام ٧٧٧ هـ. انظر: الإحاطة ٢/ ١٣٣، والدرر الكامنة ٣/ ٣٣٠، ونيل الابتهاج ٢٦٥ وفيه وفاته سنة ٧٧٩، والدرر الكامنة ١/ ٤٥٥.

الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ كَانَ يَفْتَتِحُ خُطَبَهُ وَمَوَاعِظَهُ بِحَمْدِ اللهِ تَعَالَى، وَخَرَّجَ أَبُو دَاوُد فِي سُنَنِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «كُلُّ كَلاَمٍ لَا يُبْتَدَأُ فِيهِ بِحَمْدِ اللهِ فَهُوَ أَجْذَمُ»[(١)]. وَفِي رِوَايَةِ النَّسَائِيِّ «كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَا يُبْتَدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدُ للهِ فَهُوَ أَقْطَعُ»[(٢)].

وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى افْتِتَاحِ تَآلِيفِهِمْ بِالثَّنَاءِ عَلَى اللهِ تَعَالَى إِمَّا بِلَفْظِ «الْحَمْدُ للهِ» وَهُوَ الْغَالِبُ أَوْ بِغَيْرِهِ كَالْبَسْمَلَةِ، وَقَدْ أَكْثَرَ الْمُؤَلِّفُونَ الْكَلاَمَ فِي الْحَمْدِ وَالشُّكْرِ، وَأَخْصَرُ مَا رَأَيْت الْآنَ فِي ذَلِكَ كَلاَمُ الشَّيْخِ خَالِدٍ الْأَزْهَرِيِّ[(٣)] فِي شَرْحِ «تَوْضِيحِ ابْنِ هِشَام[(٤)]» وَلَفْظُهُ: الْحَمْدُ لُغَةً: الْوَصْفُ بِالْجَمِيلِ الِاخْتِيَارِيِّ عَلَى قَصْدِ التَّعْظِيمِ، وَالْوَصْفُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاللِّسَانِ، فَيَكُونُ مَوْرِدُهُ خَاصًّا، وَهَذَا الْوَصْفُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِإِزَاءِ نِعْمَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، فَيَكُونَ مُتَعَلَّقُهُ عَامًّا، وَالشُّكْرُ عَلَى الْعَكْسِ لِكَوْنِهِ لُغَةً، فِعْلاً يُنَبِّئُ عَنْ تَعْظِيمِ الْمُنْعِمِ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مُنْعِمٌ عَلَى الشَّاكِرِ أَوْ غَيْرِهِ، فَيَكُونُ مَوْرِدُهُ اللِّسَانَ وَالْجَنَانَ وَالْأَرْكَانَ، وَمُتَعَلَّقُهُ النِّعْمَةَ الْوَاصِلَةَ إِلَى الشَّاكِرِ، فَكُلٌّ مِنْهُمَا أَعَمُّ وَأَخَصُّ مِنَ الْآخَرِ بِوَجْهٍ، فَفِي الْفَضَائِلِ حَمْدٌ فَقَطْ، وَفِي أَفْعَالِ الْقَلْبِ وَالْجَوَارِحِ شُكْرٌ فَقَطْ، وَفِي أَفْعَالِ

---

(١) سنن أبي داود (كتاب: الأدب/باب: الهدي في الكلام/حديث رقم: ٤٨٤٠).

(٢) السنن الكبرى للنسائي ٦/١٢٧ (١٠٣٢٨) صحيح ابن حبان ١/١٧٣ مصنف ابن أبي شيبة ٩/١١٦.

(٣) خالد بن عبد الله بن أبي بكر بن محمد الجرجاوي الأزهري المصري، الشافعي، زين الدين، وكان يُعرف بالوقَّاد، نحوي من أهل مصر، ولد بجرجا (من الصعيد) سنة ٨٣٨هـ، ونشأ وعاش في القاهرة، وتوفي عائدًا من الحج قبل أن يدخلها في المحرم سنة ٩٠٥ هـ، له (المقدمة الأزهرية في علم العربية) و(موصل الطلاب إلى قواعد الإعراب) و(شرح الآجرومية) و(التصريح بمضمون التوضيح) في شرح أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، و(شرح البردة) و(شرح مقدمة الجزرية) في التجويد، و(الألغاز النحوية). انظر: الكواكب السائرة ١/١٨٨ والضوء اللامع ٣/ ١٧١ وهو فيه (الجرجي)، ومعجم المؤلفين ٤/٩٦.

(٤) عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف، أبو محمد، جمال الدين، ابن هشام، من أئمة العربية، أتقن العربية حتى صار فارس ميدانها، والمقدم في السبق على أقرانه، وبرع أيضًا في الفقه والأصول، وأما العربية فكان هو المشار إليه فيها في زمانه، والمعول على كلامه. ولد في مصر في ذي القعدة سنة ٧٠٨ هـ، قال ابن خلدون: مازلنا ونحن بالمغرب نسمع أنه ظهر بمصر عالم بالعربية يقال له ابن هشام أنحى من سيبويه. من تصانيفه (مغني اللبيب عن كتب الأعاريب) و(عمدة الطالب في تحقيق تصريف ابن الحاجب) و(الجامع الصغير) نحو، و(الجامع الكبير) نحو، و(شذور الذهب) و(الإعراب عن قواعد الإعراب) و(قطر الندى) و(التذكرة) و(أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك) و(نزهة الطرف في علم الصرف) و(موقد الأذهان) في الألغاز النحوية، توفي ليلة الجمعة الخامس من ذي القعدة سنة ٧٦١ هـ. انظر: الدرر الكامنة ٢/٣٠٨، والنجوم الزهرة ١٠/٣٣٦، والمنهل الصافي ٢/٨٨، ومعجم المؤلفين ٦/١٦٣.

اللِّسَانِ بِإِزَاءِ الإِنْعَامِ حَمْدٌ وَشُكْرٌ.

وَالْحَمْدُ عُرْفًا: فِعْلٌ يُشْعِرُ بِتَعْظِيمِ الْمُنْعِمِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مُنْعِمٌ عَلَى الْحَامِدِ أَوْ غَيْرِهِ.

وَالشُّكْرُ عُرْفًا: صَرْفُ الْعَبْدِ جَمِيعَ مَا أَنْعَمَ اللهُ بِهِ عَلَيْهِ مِنَ السَّمْعِ وَغَيْرِهِ إِلَى مَا خُلِقَ لِأَجْلِهِ، فَالشُّكْرُ أَخَصُّ مُطْلَقًا لِاخْتِصَاصِ تَعَلُّقِهِ بِالْبَارِي تَعَالَى، وَلِتَقْيِيدِهِ بِكَوْنِ الْمُنْعِمِ مُنْعِمًا عَلَى الشَّاكِرِ وَغَيْرِهِ، وَلِوُجُوبِ شُمُولِ الْآلَاتِ فِيهِ بِخِلَافِ الْحَمْدِ، أُنْظُرْ تَمَامَ كَلَامِهِ إِنْ شِئْتَ، وَإِنَّمَا قَالَ فِي حَدِّ الْحَمْدِ: الْوَصْفُ بِالْجَمِيلِ، وَالْوَصْفُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاللِّسَانِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ تَعْرِيفُ الْحَمْدِ الْوَاقِعِ فِي الْكِتَابِ الْمَشْرُوعِ، وَهُوَ كَذَلِكَ وَصْفٌ بِاللِّسَانِ، وَمَنْ أَرَادَ تَعْرِيفَ الْحَمْدِ الْقَدِيمِ وَالْحَادِثِ قَالَ: هُوَ الثَّنَاءُ بِالْكَلَامِ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ يَشْمَلُ الْقَدِيمَ وَالْحَادِثَ، وَالْحَمْدُ وَالْمَدْحُ بِمَعْنًى، وَيَفْتَرِقَانِ بِأَنَّ الْحَمْدَ خَاصٌّ لِأُولِي الْعِلْمِ، وَالْمَدْحُ يَكُونُ لِأُولِي الْعِلْمِ وَغَيْرِهِمْ، وَقَوْلُهُ فِي حَدِّ الشُّكْرِ: صَرْفُ الْعَبْدِ... إِلَخْ. زَادَ بَعْضُهُمْ: كَصَرْفِ النَّظَرِ إِلَى مُطَالَعَةِ مَصْنُوعَاتِهِ وَالسَّمْعِ إِلَى تَلَقِّي مَا يُنَبِّئُ عَنْ مَرْضَاتِهِ، وَالِاجْتِنَابِ عَنْ مَنْهِيَّاتِهِ.

وَ«أَلْ» فِي الْحَمْدِ لِاسْتِغْرَاقِ الْجِنْسِ، وَهِيَ الَّتِي يَصْلُحُ فِي مَوْضِعِهَا كُلٌّ، نَحْوُ: ﴿إِنَّ ٱلْإِنسَـٰنَ لَفِى خُسْرٍ ۝﴾ [العصر] وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَمْدَ إِمَّا قَدِيمٌ وَهُوَ حَمْدُ اللهِ تَعَالَى لِنَفْسِهِ أَوْ لِمَنْ شَاءَ مِنْ عِبَادِهِ، أَوْ حَادِثٌ وَهُوَ حَمْدُ الْعِبَادِ لِرَبِّهِمْ سُبْحَانَهُ أَوْ لِبَعْضِهِمْ، فَالْقَدِيمُ صِفَتُهُ وَوَصْفُهُ، وَالْحَادِثُ خَلْقُهُ وَمُلْكُهُ، فَالْحَمْدُ كُلُّهُ لَهُ.

وَ«لَامُ» للهِ لِلِاسْتِحْقَاقِ؛ أَيْ جَمِيعُ الْمَحَامِدِ مُسْتَحَقَّةٌ للهِ تَعَالَى، وَقِيلَ: غَيْرُ ذَلِكَ. وَاسْمُ الْجَلَالَةِ عَلَمٌ عَلَى الذَّاتِ الْعَلِيَّةِ الْوَاجِبَةِ الْوُجُودِ، الْمُسْتَحِقَّةِ لِجَمِيعِ الْمَحَامِدِ، وَهُوَ أَشْهَرُ أَسْمَائِهِ تَعَالَى، وَقَدْ قَبَضَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ الْأَلْسُنَ، فَلَمْ يَتَسَمَّ بِهِ أَحَدٌ، قَالَ تَعَالَى: ﴿هَلْ تَعْلَمُ لَهُۥ سَمِيًّا﴾ [مريم: ٦٥] أَيْ: هَلْ تَعْلَمُ أَحَدًا تَسَمَّى اللهَ؟ اسْتِفْهَامًا بِمَعْنَى النَّفْيِ، أَيْ لَمْ يَتَسَمَّ بِهِ غَيْرُهُ، وَهُوَ أَعْرَفُ الْمَعَارِفِ. قَالَهُ سِيبَوَيْهِ. وَرُوِيَ أَنَّهُ رُئِيَ فِي النَّوْمِ، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ رَأَى خَيْرًا كَثِيرًا بِسَبَبِ قَوْلِهِ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: «الَّذِي يَقْضِي وَلَا يُقْضَى عَلَيْهِ». هُوَ وَصْفٌ للهِ تَعَالَى.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ: وَيَتَضَمَّنُ هَذَا الِاسْتِفْتَاحُ مِنْ مَحَاسِنِ الْكَلَامِ الْمُعَبَّرِ عَنْهَا عِنْدَ أَهْلِ هَذَا الشَّأْنِ بِالْأَلْقَابِ الْبَدِيعِيَّةِ النَّوْعَ، الْمُسَمَّى عِنْدَهُمْ بِبَرَاعَةِ الِاسْتِهْلَالِ، وَهِيَ دَلَالَةُ اسْتِفْتَاحِ الْكَلَامِ عَلَى مَا يَقْصِدُهُ الْمُتَكَلِّمُ مِنَ الْغَرَضِ فِي مَضْمُونِ جُمْلَتِهِ، وَهُوَ فِي هَذَا

الْكَلاَمِ وَصْفُ اللهِ سُبْحَانَهُ بِأَنَّهُ «يَقْضِي وَلاَ يُقْضَى عَلَيْهِ» لَمَّا كَانَ قَصْدُهُ أَنْ يَتَكَلَّمَ فِي أَحْكَامِ الْقَضَاءِ.

وَفِي قَوْلِهِ: «وَلَا يُقْضَى عَلَيْهِ» إِشَارَةٌ لَطِيفَةٌ إِلَى كَوْنِ الْقَاضِي مَقْضِيًّا عَلَيْهِ مِنْ مَوْلَاهُ سُبْحَانَهُ وَمِمَّنْ وَلَّاهُ، فَمَا أَحَقَّهُ أَنْ يَسْتَشْعِرَ بِذَلِكَ الْخَوْفَ مِنَ الْجَوْرِ، وَأَنْ يَتَوَخَّى الْإِصَابَةَ لِلْعَدْلِ، بِأَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ مِنَ الْقَضَاءِ إِنَّمَا هُوَ مَجَازٌ يُمَاثِلُهُ مَا بِيَدِ مَنْ وَلَّاهُ، وَبِيَدِ الْمَلِكِ الْحَقِّ الْقَضَاءُ حَقِيقَةً ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ ٱلْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ ٱلْفَٰصِلِينَ﴾ [الأنعام: ٥٧] وَقُرِئَ ﴿يَقْضِي الْحَقَّ﴾. اهـ.

وَ«جَلَّ» فِعْلٌ مَاضٍ وَمَعْنَاهُ عَظُمَ.

وَ«شَأْنًا» تَمْيِيزٌ مَنْقُولٌ مِنَ الْفَاعِلِ؛ أَيْ عَظُمَ شَأْنُهُ.

وَ«عَلاَ» بِفَتْحِ الْعَيْنِ عَطْفٌ عَلَى «جَلَّ» فِعْلٌ مَاضٍ أَيْضًا، قَالَ بَعْضُ مَنْ شَرَحَهُ: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اسْمَ مَصْدَرٍ مَعْطُوفًا عَلَى شَأْنًا؛ أَيْ جَلَّ شَأْنُهُ وَعَلاَؤُهُ، وَقَصْرُهُ ضَرُورَةٌ.

وَلَمَّا حَمِدَ اللهَ تَعَالَى أَتْبَعَهُ بِالصَّلاَةِ عَلَى نَبِيِّهِ ﷺ لِلأَمْرِ بِهَا فِي قَوْلِه تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ صَلُّواْ عَلَيْهِ وَسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥٦] وَالصَّلاَةُ الرَّحْمَةُ، وَهِيَ مِنَ اللهِ تَعَالَى زِيَادَةُ تَكْرِمَةٍ وَإِنْعَامٌ، وَمِنَ الْعِبَادِ عِبَادَةٌ، وَهِيَ وَإِنْ كَانَتْ بِمَعْنَى الرَّحْمَةِ، وَلَكِنْ فِي التَّعْبِيرِ عَنِ الرَّحْمَةِ بِالصَّلاَةِ مِنَ التَّعْظِيمِ مَا لَيْسَ فِي لَفْظِ الرَّحْمَةِ، وَبِدَوَامِ مُتَعَلِّقٌ بِمَحْذُوفٍ حَالٌ مِنَ الصَّلاَةِ؛ أَيْ مُؤَقَّتَةً، وَالْأَبَدُ حَرَكَةُ الْفَلَكِ.

وَ«الْمُصْطَفَى» الْمُخْتَارُ، «وَآلُهُ» ﷺ أَقَارِبُهُ الْمُؤْمِنُونَ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ.

«وَالْفِئَةُ» الْجَمَاعَةُ، وَ«الْمُتَّبِعَةُ» بِكَسْرِ الْبَاءِ وَيَجُوزُ فَتْحُهَا، وَالْمُرَادُ بِهِمُ الصَّحَابَةُ وَالتَّابِعُونَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُمْ مُتَّبِعُونَ لِمَا سَنَّهُ ﷺ وَشَرَعَهُ، وَيَتْبَعُهُمْ مَنْ بَعْدَهُمْ فِي ذَلِكَ أَيْضًا.

وَمَعْنَى «سَنَّهُ وَشَرَعَهُ» أَيْ: جَعَلَهُ سُنَّةً وَشَرِيعَةً وَالْمَجْرُورُ مُتَعَلِّقٌ بِالْمُتَّبِعَةِ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَبَعْــدُ فَالْقَــصْدُ بِهَــذَا الرَّجَــزِ	تَقْرِيــرُ الْأَحْكَــامِ بِقَــوْلٍ مُــوجَزِ
آثَــرْت فِيــهِ الْمَيْــلَ لِلتَّبْيِــينِ	وَصُــنْته جُهْــدِي مِــنْ التَّــضْمِينِ

وَجِئْتُ فِي بَعْضٍ مِنَ المَسَائِلِ ... بِالْخُلْفِ رَعْيًا لِاشْتِهَارِ الْقَائِلِ

فَضِمْنُهُ المُقِيدُ وَالمُقَرِّبُ ... وَالمَقْصِدُ المَحْمُودُ وَالمُنْتَخَبُ

«بَعْدُ» مِنَ الْأَسْمَاءِ اللاَّزِمَةِ لِلإِضَافَةِ، وَإِذَا قُطِعَ عَنْهَا لَفْظًا بُنِيَ عَلَى الضَّمِّ، وَالمُضَافُ إِلَيْهِ مَنْوِيٌّ، تَقْدِيرُهُ: وَبَعْدَ مَا ذُكِرَ مِنَ الْحَمْدِ وَالصَّلاَةِ.

وَ«الرَّجَزُ» أَحَدُ بُحُورِ الشِّعْرِ الْخَمْسَةَ عَشَرَ الَّتِي أَوَّلُهَا الطَّوِيلُ وَآخِرُهَا المُتَقَارِبُ وَهُوَ مُسَدَّسُ الدَّائِرَةِ مُرَكَّبٌ مِنْ مُسْتَفْعِلُنْ سِتُّ مَرَّاتٍ.

وَيُقْرَأُ لَفْظُ «الْأَحْكَام» بِنَقْلِ حَرَكَةِ الْهَمْزَةِ لِلسَّاكِنِ قَبْلَهَا لِلْوَزْنِ، وَهُوَ جَمْعُ حُكْمٍ، وَالمُرَادُ بِهِ الْفِقْهُ المُتَقَرِّرُ فِي الْكُتُبِ المُعْتَقَدَةِ كَالمُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا لِيُفْصَلَ بِهَا بَيْنَ الْخُصُومِ.

«وَالمُوجَزُ» المُخْتَصَرُ قَلِيلُ اللَّفْظِ كَثِيرُ المَعْنَى.

«وَآثَرْتُ» بِمَدِّ الْهَمْزَةِ بِمَعْنَى اخْتَرْتُ وَفَضَّلْتُ، وَمِنْهُ ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩].

وَ«المَيْلُ» الْجُنُوحُ وَالرُّكُونُ. وَ«التَّبْيِينُ» مَصْدَرُ بَيَّنَ. وَ«الصَّوْنُ» الْحِفْظُ. وَمَعْنَى «جُهْدِي» طَاقَتِي وَوُسْعِي، وَهُوَ بِضَمِّ الْجِيمِ.

وَ«التَّضْمِينُ» افْتِقَارُ مَعْنَى الْبَيْتِ إِلَى الَّذِي بَعْدَهُ؛ لِكَوْنِهِ خَبَرًا أَوْ جَوَابَ شَرْطٍ أَوْ اسْتِثْنَاءً، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَتِمُّ مَعْنَى الْكَلاَمِ إِلَّا بِهِ، وَسُمِّيَ تَضْمِينًا لِأَنَّهُ ضَمَّنَ الْبَيْتَ الثَّانِيَ مَعْنَى الْبَيْتِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالثَّانِي، وَهُوَ عِنْدَ الْعَرُوضِيِّينَ مِنْ عُيُوبِ الشِّعْرِ. وَفِيهِ يَقُولُ الْخَزْرَجِيُّ: وَتَضْمِينُهَا إِحْوَاجُ مَعْنًى لِذَا وَذَا.

وَفِيهِ يَقُولُ ابْنُ الْحَاجِبِ[١] فِي لَامِيَّتِهِ فِي الْعَرُوضِ فِي تَرْجَمَةِ الْعُيُوبِ:

تَضْمِينُهُمْ أَنْ يَكُونَ الْبَيْتُ مُفْتَقِرًا ... إِلَى الَّذِي بَعْدَهُ كَأَنَّهُ وُصِلاَ

وَسَمِعْتُ مِنْ بَعْضِ أَشْيَاخِي رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ النَّاظِمَ عَرَّضَ بِقَوْلِهِ: «وَصُنْته جُهْدِي مِنْ

---

(١) جمال الدين أبو عمر عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، ابن الحاجب، فقيه مالكي، من كبار العلماء بالعربية، كردي الأصل، ولد في أسنا (من صعيد مصر) عام ٥٧٠ هـ، ونشأ في القاهرة وسكن دمشق ومات بالإسكندرية سنة ٦٤٦ هـ، وكان أبوه حاجبًا فعُرف به، من تصانيفه (الكافية) في النحو، و(مختصر الفقه) في فقه المالكية، استخرجه من ستين كتابًا، ويسمى (جامع الأمهات) و(المقصد الجليل) قصيدة في العروض.
انظر: وفيات الأعيان ٣/ ٢٤٨ والطلع السعيد ١٨٨، وغاية النهاية ١/ ٥٠٨، والأعلام ٤/ ٢١١، وإنباء الرواة على أنباء النحاة ٤/ ٤٧، والبلغة ١/ ٣٩، والمنهل الصافي ٢/ ١٦١، ومعجم المؤلفين ٦/ ٢٦٥.

التَّضْمِينِ» إِلَى نَظْمِ الْفَقِيهِ الْقَاضِي الْبَلِيغِ أَبِي إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ الْحَاجِّ مِمَّنْ عَاصَرَ ابْنَ رُشْدٍ، وَكَانَ الْقَضَاءُ يَدُورُ بَيْنَهُمَا أَلَّفَ فِي أَحْكَامِ الْقَضَاءِ كَتُحْفَةِ النَّاظِمِ لِكَثْرَةِ مَا فِيهِ مِنَ التَّضْمِينِ وَمَا سَمَّاهُ (الْيَاقُوتَةَ) وَفِيهِ أَلْفُ بَيْتٍ، وَصَدْرُهُ:

الْحَمْــدُ للهِ الْقَــدِيمِ الْبَــاقِي ... الْبَــارِئِ الْمُـصَوِّرِ الْخَــلاَّقِ

الْحَكَـمِ الْعَـدْلِ الَّـذِي لاَ يُـسْأَلُ ... فِي الْأَرْضِ وَالـسَّمَاءِ عَـمَّا يَفْعَـلُ

وَالْمَلِـكِ الْحَـقِّ الَّـذِي يَقْـضِي وَلَا ... يُقْـضَى عَلَيْـهِ جَـلَّ قَـدْرًا وَعَـلاَ

سُـبْحَانَهُ مِــنْ وَاحِـدٍ تَعَـاظَمَا ... وَعَلَّــمَ الْعِلْــمَ أَبَانَــا آدَمَــا

وَبَعْــدُ فَــالْأَهَمُّ عِلْــمُ الْأَدْيَــانِ ... لِطَالِـبِ الْعُلُـومِ كُـلَّ الْأَحْيَـان

وَأَجْــرُ مَــنْ قَــامَ بِــهِ عَظِـيمُ ... وَبِرِضَـــا اللهِ لَـــهُ نَعِـــيمُ

وَقَـدْ نَظَمْـت بَعْـضَ أَحْكَامِ الْقَـضَا ... مُبْتَغِيًـا أَجْــرًا وَنَــيْلاً الرِّضَــا

فِي رَجَــزٍ خُـــولِطَ بِالـــسَّرِيعِ ... عَـلَى سَـبِيلِ الْمُحْـدَثِ الْمَتْبُـوعِ

مُـسْتَعْمِلاً مَـا شَـذَّ مِـنْ زِحَـافِ ... وَبَعْـضَ مَـا قَـدْ عِيبَ فِي الْقَـوَافِي

وَذَاكَ مَغْفُــورٌ لَــدَى مَــنْ أَنْـصَفَا ... فِي جَنْـبِ مَـا جِئْـت بِـهِ مُعَرَّفَـا

مُغَلِّبًــا تَحْــسِينِي الْمَعْنَــى عَــلَى ... تَحْسِينِي اللَّفْظَ الَّـذِي عَنْهُ انْجَلَى

وَمَـــا نَظَمْتُـــه بِـــصِدْقِ النِّيَّـــةِ ... سُـــمِّيَ بِالْيَاقُوتَـــةِ الْأَلْفِيَّـــةِ

إِذْ عَــــدُّهَا يُنْهَـــى إِلَى الْقُـــضَاةِ ... وَغَــيْرِهِمْ أَلْــفٌ مِــنْ الْأَبْيَــاتِ

وَمِمَّا وَقَعَ فِيهِ مِنْ التَّضْمِينِ قَوْلُهُ فِي رُجُوعِ الشَّاهِدِ عَنْ شَهَادَتِهِ:

وَإِنْ يَـكُ الرُّجُـوعُ بَعْـدَ الْحُكْـمِ ... لَمْ يَجُـزْ وَيَغْـرَمُ امْتِثَـالًا لِلْحَكَـمْ

جَمِيــعَ مَــا أَتْلَــفَ بِالــشَّهَادَهْ ... فَــصْلٌ وَفِي بَــدْءٍ وَفِي إِعَــادَهْ

يَلْـزَمُ مَـنْ يَقْـضِي بِـأَنْ يُسْعِفَ مَـنْ ... كَلَّفَــهُ الْكَتْــبَ لِحُكَّـامِ الــزَّمَنْ

بِـمَا بِـهِ قَـضَى وَمَـا قَـدْ ثَبَتَـا وَالْعَمَـلُ الْيَـوْمَ وَمَـا أَنْ مُقِتَـا

عَـلَى قَبُـولِ كُتُـبِ الْقُـضَاةِ مِـنْ غَـيْرِ إِشْـهَادٍ لَهَـا وَيَـأْتِي

مَنْـعُ الْقَبُـولِ مَـعَ مَـا عَلَيْـهِ عَمَلُنَـا وَصَـغْوُنَا إِلَيْـهِ

فَانْظُرْ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ، فَإِنَّ كُلَّ بَيْتٍ مِنْهَا لَا يَتِمُّ مَعْنَاهُ إِلَّا بِمَا بَعْدَهُ، وَهُوَ كَثِيرٌ فِي ذَلِكَ النَّظْمِ، وَلَكِنْ يَكْفِي فِي الِاعْتِذَارِ عَنْ ذَلِكَ قَوْلُهُ كَمَا تَقَدَّمَ:

مُغَلِّبًـا تَحْـسِينِي المَعْنَـى عَـلَى تَحْسِينِي اللَّفْظَ الَّـذِي عَنْهُ انْجَلَى

رَحِمَهُ اللهُ وَنَفَعَنَا بِهِ.

قَوْلُهُ: «وَجِئْت فِي بَعْضٍ مِنْ المَسَائِلِ...» الْبَيْتُ. أَخْبَرَ أَنَّهُ فِي الْغَالِبِ يَقْتَصِرُ عَلَى قَوْلٍ وَاحِدٍ لِمَشْهُورِيَّتِهِ أَوْ جَرَيَانِ الْعَمَلِ بِهِ، وَفِي بَعْضِ المَسَائِلِ يَذْكُرُ الْخِلَافَ بِحَيْثُ يَحْكِي قَوْلَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ لِمَقَاصِدَ لَهُ فِي ذَلِكَ، إِمَّا لِمَشْهُورِيَّتِهَا، أَوْ لِجَرَيَانِ الْعَمَلِ بِهَا لِكَوْنِ الْقَائِلِ بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا مَشْهُورًا بِالْعِلْمِ وَالتَّحْقِيقِ، وَلَهُ صِيتٌ وَمَكَانَةٌ وَشُهْرَةٌ تَمْنَعُ مِنْ إِهْمَالِ قَوْلِهِ وَعَدَمِ حِكَايَتِهِ، وَإِنْ خَالَفَ المَشْهُورَ وَمَا بِهِ الْعَمَلُ، هَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: «رَعْيًا لِاشْتِهَارِ الْقَائِلِ» وَلَا يَعْنِي بِذَلِكَ مُرَاعَاةَ الْخِلَافِ الَّذِي هُوَ إِعْمَالُ دَلِيلِ الْخَصْمِ فِي لَازِمِ مَدْلُولِهِ الَّذِي أُعْمِلَ فِي نَقِيضِهِ دَلِيلٌ آخَرُ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ دَأْبِ المُجْتَهِدِينَ النَّاظِرِينَ فِي الْأَدِلَّةِ، فَحَيْثُ يَتَرَجَّحُ عِنْدَهُمْ دَلِيلُ الْغَيْرِ أَعْمَلُوهُ وَحَيْثُ لَا أَهْمَلُوهُ.

وَالنَّاظِمُ إِنَّمَا هُوَ نَاظِمٌ لِكَلَامِ الْفُقَهَاءِ المُتَقَدِّمِينَ وَجَامِعٌ لَهُ بِمُرَاعَاةِ الْخِلَافِ، وَإِنْ وَجَدْت فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ المَذْكُورَةِ فِي هَذَا النَّظْمِ، فَلَا يُعَبِّرُ عَنْهَا بِصِيغَةِ الْخِلَافِ، وَإِنَّمَا يَجْزِمُ بِالْحُكْمِ، وَإِنْ كَانَ وَجْهُهُ عِنْدَ مَنْ قَالَ بِهِ مُرَاعَاةَ الْخِلَافِ، وَقَدْ أَطَالَ الشَّارِحُ هُنَا بِالْكَلَامِ عَلَى مَسْأَلَةِ مُرَاعَاةِ الْخِلَافِ وَمَا فِيهَا مِنْ الْأَبْحَاثِ، وَهِيَ مِنْ حِسَانِ المَسَائِلِ، وَلَكِنْ لَا يَصِحُّ أَنْ يُشْرَحَ بِهَا قَوْلُهُ رَعْيًا لِاشْتِهَارِ الْقَائِلِ، كَمَا يَظْهَرُ ذَلِكَ مِنْ كَلَامِ الشَّارِحِ فِي آخِرِ الْكَلَامِ عَلَى مُرَاعَاةِ الْخِلَافِ وَلَا يَحْتَمِلُهُ بِوَجْهٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَكَذَا أَطَالَ الْكَلَامَ فِي مَسْأَلَةِ التَّرْجِيحِ مِنْ الْخِلَافِ وَمَا يَجُوزُ الْحُكْمُ وَالْفَتْوَى بِهِ وَمَا لَا، وَمَنْ تَجُوزُ فَتْوَاهُ وَمَنْ لَا، وَالْخِلَافُ الَّذِي فِي المَشْهُورِ مَا هُوَ، وَوَجْهُ اخْتِيَارِ المُتَأَخِّرِينَ فِي بَعْضِ المَسَائِلِ خِلَافَ المَشْهُورِ مِنْ مُرَاعَاةِ مَصَالِحَ عَرَضَتْ فِي ذَلِكَ، وَأَنَّ الْقَاضِيَ

يُلْزَمُ اتِّبَاعَ عَمَلِ أَهْلِ بَلَدِهِ، وَيُنْهَى عَنِ الْخُرُوجِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ مِنَ الْفَوَائِدِ، فَمَنْ أَرَادَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ بِمُرَاجَعَتِهِ.

وَقَوْلُهُ: «فَضِمْنُهُ الْمُفِيدُ...» الْبَيْتُ. أَخْبَرَ أَنَّ هَذَا النَّظْمَ تَضَمَّنَ الْمَسَائِلَ الْمُشْتَمِلَ عَلَيْهَا هَذِهِ الْكُتُبُ، وَهِيَ (مُفِيدُ الْحُكَّامِ) لِابْنِ هِشَامٍ[1] وَ(الْمُقَرِّبُ) وَ(الْمُنْتَخَبُ) كِلَاهُمَا لِابْنِ أَبِي زَمَنِينَ[2] -بِفَتْحِ الزَّايِ وَالْمِيمِ وَكَسْرِ النُّونِ الْأُولَى- وَ(الْمَقْصِدُ الْمَحْمُودُ) لِأَبِي الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيِّ[3]، وَلَا يَعْنِي أَنَّ هَذَا النَّظْمَ اشْتَمَلَ عَلَى جَمِيعِ مَسَائِلِ هَذِهِ الْكُتُبِ بَلْ وَلَا جُلِّهَا، وَإِنَّمَا يَعْنِي أَنَّ فِيهِ فَوَائِدَ وَمَسَائِلَ مِنْ هَذِهِ الْكُتُبِ وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْعِيَانِ، وَفِي تَسْمِيَةِ هَذِهِ الْكُتُبِ تَوْرِيَةٌ وَإِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ هَذَا النَّظْمَ اشْتَمَلَ عَلَى هَذِهِ الْأَوْصَافِ، وَهِيَ كَوْنُهُ مُفِيدًا مُقَرِّبًا مُنْتَخَبًا، وَالِاشْتِغَالُ بِهِ وَالِاعْتِنَاءُ بِهِ مَقْصِدٌ مَحْمُودٌ شَرْعًا، تَقَبَّلَهُ اللهُ مِنْهُ وَنَفَعَهُ بِهِ ﴿يَوْمَ لَا يَنفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ۝٨٨ إِلَّا مَنْ أَتَى ٱللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ ۝٨٩﴾ [الشعراء].

نَظَمْتُهُ تَذْكِرَةً وَحِينَ تَمّْ ... بِمَا بِهِ الْبَلْوَى تَعُمُّ قَدْ أَلَمّْ

سَمَّيْتُه بِتُحْفَةِ الْحُكَّامِ ... فِي نُكَتِ الْعُقُودِ وَالْأَحْكَامِ

النَّظْمُ: الْجَمْعُ، يُقَالُ: نَظَمْتُ الْعِقْدَ. إِذَا جَمَعْتَ جَوَاهِرَهُ عَلَى وَجْهٍ يُسْتَحْسَنُ.

وَقَوْلُهُ: «تَذْكِرَةً» مَفْعُولٌ لِأَجْلِهِ، هُوَ بَيَانٌ لِلسَّبَبِ الْحَامِلِ لَهُ عَلَى نَظْمِهِ، وَهُوَ تَذْكِرَةٌ لِمَنْ تَقَدَّمَتْ لَهُ مَعْرِفَةُ ذَلِكَ ثُمَّ نَسِيَهُ، يَعْنِي وَتَبْصِرَةً لِمَنْ يَتَقَدَّمُ لَهُ ذَلِكَ مِنَ الصِّغَارِ وَالْكِبَارِ، فَهُوَ كَقَوْلِ ابْنِ بَرِّيٍّ[4]: يَكُونُ لِلْمُبْتَدِئِينَ تَبْصِرَةً...... . الْبَيْتَ. وَقَوْلُ

---

(١) هشام بن عبد الله بن هشام، أبو الوليد، الأزدي، فقيه مالكي من القضاة بقرطبة، توفي بها سنة ٦٠٦ هـ، له (المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام) و(بهجة النفس وروضة الأنس) في التاريخ. انظر: معجم المؤلفين ١٣/ ١٤٩، وهدية العارفين ٢/ ٥٠٩.

(٢) محمد بن عبد الله بن عيسى المري، أبو عبد الله، المعروف بابن أبي زمنين، فقيه مالكي، من الوعاظ الأدباء، ولد عام ٣٢٤ هـ، من أهل إلبيرة، سكن قرطبة، ثم عاد إلى إلبيرة، له كتب كثيرة منها (أصول السنة) و(منتخب الأحكام) و(تفسير القرآن) و(المغرب) في اختصار المدونة وشرح مشكلها، و(حياة القلوب) زهد، توفي عام ٣٩٩ هـ. انظر: تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي ٢/ ٨٠، والديباج المذهب ٢٦٩، والوافي بالوفيات ٢/ ٣٢١، وجذوة المقتبس ٥٣، معجم المؤلفين ١٠/ ٢٢٩.

(٣) علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي الجزيري، أبو الحسن، فقيه مالكي، أصله من ريف المغرب، نزل بالجزيرة الخضراء في الأندلس وولي قضاءها، فنسب إليها، له (المقصد المحمود في تلخيص العقود) يعرف بوثائق الجزيري، وتوفي سنة ٥٨٥ هـ. انظر: معجم المؤلفين ٧/ ٢٦١، وشجرة النور ١٥٨.

(٤) علي بن محمد بن الحسين الرباطي، أبو الحسن، المعروف بابن بري، عالم بالقراءات، من أهل تازة، ولد=

الْعِرَاقِيِّ[(١)] فِي صَدْرِ أَلْفِيَّتِهِ الْحَدِيثِيَّةِ: نَظَمْتَهَا تَبْصِرَةً لِلْمُبْتَدِي.... الْبَيْتَ[(٢)].

وَجُمْلَةُ «سَمَّيْتُه» مَعْطُوفَةٌ عَلَى «نَظَمْتُه»، وَ«حِينَ» يَتَعَلَّقُ بِـ«تَعُمُّ»، وَ«تَمَّ» بِمَعْنَى كَمُلَ، وَ«بِمَا» يَتَعَلَّقُ بِـ«أَلَمَّ»، وَ«أَلَمَّ» مَعْنَاهُ نَزَلَ، وَالْمُنَاسِبُ لِلْمَحَلِّ أَنَّهُ مِنْ بَابِ قَوْلِهِمْ: أَلَمَّ بِكَذَا. أَيْ: أَشْعَرَ بِهِ، أَوْ لَا إِلْمَامَ لَهُ بِكَذَا؛ أَيْ لَا إِشْعَارَ لَهُ بِهِ، وَ«بِهِ» يَتَعَلَّقُ بِـ«تَعُمُّ»، وَ«الْبَلْوَى» مُبْتَدَأٌ، وَجُمْلَةُ «تَعُمُّ» خَبَرُهُ، وَالْجُمْلَةُ صِلَةُ «مَا»، وَجُمْلَةُ «قَدْ أَلَمَّ» حَالٌ مِنْ فَاعِلِ «تَمَّ»، وَتَقْدِيرُ الْبَيْتِ: نَظَمْته تَذْكِرَةً وَسَمَّيْتُهُ بِكَذَا حِينَ كَمُلَ حَالَ كَوْنِهِ مُلِمًّا؛ أَيْ مُشْعِرًا بِمَا الْبَلْوَى تَعُمُّ بِهِ لِلْقُضَاةِ وَيَتَكَرَّرُ وُقُوعُهُ لَدَيْهِمْ، وَالتُّحْفَةُ: مَا أَتْحَفْت بِهِ الرَّجُلَ مِنَ الْبِرِّ وَاللُّطْفِ، وَكَذَا التُّحَفَةُ بِفَتْحِ الْحَاءِ وَالْجَمْعُ تُحَفٌ.

وَ«النُّكَتُ» جَمْعُ نُكْتَةٍ بِالتَّاءِ الْمُثَنَّاةِ، وَهِيَ التَّنْبِيهُ عَلَى مَا يَنْبُو عَنْهُ النَّظَرُ وَلَا يُدْرَكُ بِسُرْعَةٍ. وَ«الْعُقُودُ» جَمْعُ عَقْدٍ، وَالْمُرَادُ بِهَا الصُّكُوكُ وَالْوَثَائِقُ الْمَكْتُوبُ فِيهَا مَا انْبَرَمَ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مِنْ بَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.

«وَالْأَحْكَامُ» جَمْعُ حُكْمٍ، وَهُوَ مَا يُلْزِمُ بِهِ الْقَاضِي الْمُتَخَاصِمَيْنِ أَوْ أَحَدَهُمَا مُوَافِقًا لِلشَّرْعِ؛ لِأَنَّ الْفَتْوَى هِيَ الْإِخْبَارُ بِالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ مِنْ غَيْرِ إِلْزَامٍ، وَالْحُكْمُ هُوَ الْإِلْزَامُ بِالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ، وَفِي هَذِهِ التَّسْمِيَةِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ جَرَى مَجْرَى الْمُؤَلِّفِينَ فِي الْأَحْكَامِ مِنْ عَدَمِ تَعَرُّضِهِمْ لِلْمُعْتَقَدَاتِ وَالْعِبَادَاتِ، بَلْ اقْتَصَرُوا عَلَى مَسَائِلِ الْأَحْكَامِ وَالْخُصُومَاتِ.

وَقَدْ جَرَى النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى عَادَةِ غَيْرِهِ مِنَ الْمُؤَلِّفِينَ فِي تَسْمِيَةِ تَآلِيفِهِمْ بِمَا يَخْتَارُونَهُ هُنَا مِنَ الْأَسْمَاءِ الدَّالَّةِ عَلَى مَا يُرِيدُونَهُ فِيهَا، وَكَلَامُهُ صَرِيحٌ فِي أَنَّ التَّسْمِيَةَ كَانَتْ بَعْدَ كَمَالِ

=سنة ٦٦٠ هـ، وولي رياسة ديوان الإنشاء فيها، من كتبه (الدرر اللوامع في أصل مقرأ الإمام نافع) أرجوزة في القراءات، لقيت من الذيوع في شمالي إفريقية مثل ما لقي كتاب (الآجرومية)، توفي سنة ٧٣٠ هـ. انظر: هدية العارفين ١/ ٧١٦، والأعلام ٥/ ٥.

(١) عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن، أبو الفضل، زين الدين، المعروف بالحافظ العراقي، من كبار حفاظ الحديث، أصله من الكرد، ومولده في رازنان (من أعمال إربل) سنة ٧٢٥ هـ، تحول صغيرًا مع أبيه إلى مصر، فتعلم ونبغ فيها، وقام برحلة إلى الحجاز والشام، وعاد إلى مصر، فتوفي في القاهرة سنة ٨٠٦ هـ. من كتبه (المغني عن حمل الأسفار في الأسفار) في تخريج أحاديث الإحياء، و(نكت منهاج البيضاوي) في الأصول، و(ذيل على الميزان) و(الألفية) في مصطلح الحديث، و(التحرير) في أصول الفقه، (التقييد والإيضاح) في مصطلح الحديث، و(طرح التثريب في شرح التقريب) وغير ذلك كثير. انظر: الضوء اللامع ٤/ ١٧١، وغاية النهاية ١/ ٣٨٢، ومعجم المؤلفين ٥/ ٢٠٤، وشذرات الذهب ٧/ ٥٥.

(٢) ألفية العراقي في علوم الحديث ص ٧.

النَّظْمِ وَتَمَامِهِ، وَهَذِهِ التَّسْمِيَةُ مُشْعِرَةٌ بِأَنَّ لِلنَّاظِمِ كَلاَمًا عَلَى الْوَثَائِقِ، وَهُوَ إِنَّمَا تَكَلَّمَ عَلَى الْأَحْكَامِ خَاصَّةً، وَأَجَابَ وَلَدُهُ: بِأَنَّ الْفِقْهَ الْمَذْكُورَ فِي النَّظْمِ هُوَ الَّذِي بُنِيَتْ عَلَيْهِ الْعُقُودُ وَرُسِمَتْ عَلَيْهِ الْوَثَائِقُ، فَمَعْرِفَتُهُ طَرِيقٌ لِمَعْرِفَةِ مَا عُقِدَ فِي الْوَثَائِقِ، وَطَرِيقَةُ التَّوْثِيقِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الاِحْتِيَاطِ وَالْحَزْمِ وَالْخُرُوجِ عَنْ الْخِلاَفِ، وَارْتِكَابِ الْوَجْهِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ قَطْعًا لِلنِّزَاعِ وَالْخُصُومَاتِ، وَذَلِكَ كَاشْتِرَاطِهِمْ إِذْنَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ لِلضَّامِنِ فِي الضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُورُ عَدَمَ اشْتِرَاطِهِ. وَسَيَقُولُ النَّاظِمُ: وَلَا اعْتِبَارَ بِرِضَا مَنْ ضَمِنَا وَكَإِنْزَالِ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَاهُ مِنْ الْأُصُولِ -أَيْ إِقْبَاضُهُ إِيَّاهَا-، وَذَلِكَ لِلْخُرُوجِ مِنْ الْخِلاَفِ الَّذِي فِي انْتِقَالِ الضَّمَانِ، هَلْ هُوَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ؟ أَوْ إِلَّا مَعَ الْقَبْضِ؟ فَلِلْخُرُوجِ مِنْ هَذَا الْخِلاَفِ يَقُولُ الْمُوَثِّقُونَ فِي وَثَائِقِهِمْ: وَنَزَلَ الْمُبْتَاعُ فِيمَا ابْتَاعَ، وَأَبْرَأَ الْبَائِعَ مِنْ دَرْكِ الْإِنْزَالِ؛ لِأَنَّهُ بِنُزُولِهِ فِيمَا ابْتَاعَ يُسْقِطُ الضَّمَانَ عَنْ الْبَائِعِ بِاتِّفَاقٍ.

وَفِي ذَلِكَ يَقُولُ الْإِمَامُ سَيِّدِي عَبْدُ الْوَاحِدِ الْوَنْشَرِيسِيُّ[1] فِي نَظْمِ إِيضَاحِ الْمَسَالِكِ لِوَالِدِهِ[2] -رَحِمَهُمَا اللهُ- فِي تَرْجَمَةِ الْبَيْعِ هَلْ هُوَ الْعَقْدُ فَقَطْ أَوْ الْعَقْدُ وَالْقَبْضُ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ الْإِنْزَالَ؟

وَلِلْخُرُوجِ مِنْ خِلاَفِ أَشْهَبَا ... أَوْرَدَهُ الْمُوَثِّقُونَ الْكُتُبَا

إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ مَسَائِلِهِمْ الْمَبْنِيَّةِ عَلَى الاِحْتِيَاطِ وَالْخُرُوجِ مِنْ الْخِلاَفِ، وَالْفِقْهُ الَّذِي تَضَمَّنَتْهُ كُتُبُ الْأَحْكَامِ هُوَ لُبَابُ الْفِقْهِ وَمَنْخُولُهُ.

---

(١) عبد الواحد بن أحمد بن يحيى، أبو محمد ابن الونشريسي، فقيه من أهل فاس، جمع بين الفتيا والقضاء والتدريس، كان يقال له ابن الونشريسي وابن الشيخ، صنف كتبًا، منها (شرح مختصر ابن الحاجب) في الفقه، و(النور المقتبس) نظم فيه قواعد المذهب المالكي، و(نظم تلخيص ابن البنا) في الحساب، وكان رقيق الطبع يهتز عند سماع الألحان وآلات الطرب مع صلابة في الدين. استشهد سنة ٩٥٥ هـ عن نحو ٧٠ سنة. انظر: سلوة الأنفاس ٢/ ١٤٦، ومعجم المؤلفين ٦/ ٢٠٦، نيل الابتهاج ٣٣٣، وهدية العارفين ٢/ ٢٢٦.

(٢) أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني، فقيه مالكي، ولد عام ٨٣٤ هـ، أخذ عن علماء تلمسان، ونقمت عليه حكومتها أمرًا فانتهبت داره وفر إلى فاس سنة ٨٧٤ هـ، فتوطنها إلى أن مات فيها، من كتبه (إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك) و(المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب) و(القواعد) في فقه المالكية، و(المنهج الفائق والمنهل الرائق في أحكام الوثائق) و(نوازل المعيار) وله اختصارات، منها (المختصر من أحكام البرزلي) و(الفروق) في مسائل الفقه، توفي عام ٩١٤ هـ. انظر: جذوة الاقتباس ٨١، والاستقصا ٢/ ١٨٢، والبستان ٥٣، ومعجم المؤلفين ٢/ ٢٠٥.

وَذَاكَ لَــمَّا أَنْ بُلِيــتُ بِالْقَــضَا بَعْـدَ شَـبَابٍ مَـرَّ عَنِّـي وَانْقَـضَى

وَإِنَّنِـي أَسْـأَلُ مِـنْ رَبٍّ قَـضَا بِـهِ عَـلَيَّ الرِّفْـقَ مِنْـهُ فِي الْقَـضَا

وَالْحَمْـلَ وَالتَّوْفِيـقَ أَنْ أَكُونَـا مِـنْ أُمَّـةٍ بِـالْحَقِّ يَعْـدِلُونَا

حَتَّـى أُرَى مِـنْ مُفْـرَدِ الثَّلاَثَـهْ وَجَنَّـةُ الْفِـرْدَوْسِ لِي وِرَاثَـهْ

الْإِشَارَةُ بِذَلِكَ إِلَى النَّظْمِ تَسْمِيَتُهُ، «وَلَمَّا» بِمَعْنَى حِينَ، «وَأَنْ» بَعْدَهَا زَائِدَةٌ عَلَى حَدِّ ﴿وَلَمَّا جَآءَتْ رُسُلُنَا لُوطًا﴾ [هود: ٧٧].

وَ«بُلِيتُ» مَعْنَاهُ اُمْتُحِنْت بِخُطَّةِ الْقَضَاءِ، فَبِالْقَضَاءِ يَتَعَلَّقُ بِـ«بُلِيتُ» وَكَذَا بَعْدَ شَبَابٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِمَحْذُوفٍ صِفَةً، أَوْ حَالًا مِنْ الْقَضَاءِ.

وَ«الشَّبَابُ» الصِّبَا، وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ: الشَّبَابُ الْحَدَاثَةُ، وَكَذَا الشَّبِيبَةُ[(١)].

وَأَشَارَ بِالْبَيْتِ إِلَى بَيَانِ وَقْتِ نَظْمِهِ لِهَذِهِ الْأُرْجُوزَةِ، وَهُوَ حِينَ وِلَايَتِهِ خُطَّةَ الْقَضَاءِ، وَقَدْ كَانَتْ وِلَايَتُهُ لَهَا بِمَدِينَةِ (وَادِي آشٍ)[(٢)] فِي شَهْرِ صَفَرٍ مِنْ عَامِ عِشْرِينَ وَثَمَانِ مِائَةٍ، إِلَى أَنْ نُقِلَ عَنْهَا إِلَى قَضَاءِ الْجَمَاعَةِ بِالْحَضْرَةِ وَذَلِكَ فِي ذِي الْقَعْدَةِ مِنْ عَامِ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ وَثَمَانِ مِائَةٍ، كَذَا قَالَ وَلَدُهُ رَحِمَهُ اللهُ، وَيَعْنِي بِالْحَضْرَةِ -وَاللهُ أَعْلَمُ- حَضْرَةَ غَرْنَاطَةَ أَعَادَهَا اللهُ لِلْإِسْلَامِ.

ثُمَّ سَأَلَ مِنْ اللهِ سُبْحَانَهُ أَنْ يَرْفُقَ بِهِ فِيمَا قَضَى بِهِ فِي أَزَلِهِ، وَجُمْلَةُ «قَضَى بِهِ عَلَيَّ» صِفَةٌ «لِرَبٍّ» وَ«الرِّفْقَ» مَفْعُولُ أَسْأَلُ.

وَ«الْحَمْلَ وَالتَّوْفِيقَ» مَعْطُوفَانِ عَلَى الرِّفْقِ وَالْحَمْلِ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ، أَيْ قُوَّةَ الْحَمْلِ سَأَلَ مِنْ اللهِ تَعَالَى أَنْ يُعِينَهُ عَلَى حَمْلِ أَعْبَاءِ هَذِهِ الْخُطَّةِ الْعَظِيمَةِ، وَأَنْ يُوَفِّقَهُ فِيهَا إِلَى الصَّوَابِ؛ لِأَنْ يَكُونَ مِمَّنْ قَالَ اللهُ تَعَالَى فِيهِ: ﴿وَمِمَّنْ خَلَقْنَآ أُمَّةٌ يَهْدُونَ بِٱلْحَقِّ وَبِهِۦ يَعْدِلُونَ ﴿١٨١﴾﴾ [الأعراف] حَتَّى يَرَى مُفْرَدَ الثَّلَاثَةِ، وَأَشَارَ بِهِ إِلَى مَا خَرَّجَهُ النَّسَائِيُّ فِي سُنَنِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ: رَسُولُ اللهِ ﷺ «الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَلَمْ يَقْضِ بِهِ وَجَارَ فِي

---

(١) الصحاح للجوهري ١/ ١٥١.

(٢) مدينة تقع شمالي غرناطة إلى الغرب، وتقوم على نهر (آش)، كان لها شأن في عهد الحكم الإسلامي.

الْحُكْم فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِفْ الْحَقَّ فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ»[١].

وَجُمْلَةُ «وَجَنَّةُ الْفِرْدَوْسِ لِي وِرَاثَهْ» فِي مَوْضِعِ الْحَالِ مِنْ نَائِبِ أُرَى، الْجَنَّةَ -بِفَتْحِ الْجِيمِ-: الْحَدِيقَةُ ذَاتُ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ، قَالَ فِي الْقَامُوسِ: وَالْفِرْدَوْسُ، قَالَ الْفَرَّاءُ: الْفِرْدَوْسُ عِنْدَ الْعَرَبِ الْبُسْتَانُ الَّذِي فِيهِ الْكَرْمُ[٢]. وَمَعْنَى كَوْنِهَا وِرَاثَةً لَهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِهَا.

---

(١) سنن الترمذي (كتاب: الأحكام عن رسول الله/باب: ما جاء عن رسول الله في القاضي/حديث رقم: ١٣٢٢)، سنن أبي داود (كتاب: الأقضية/باب: في القاضي يخطئ/حديث رقم: ٣٥٧٣) سنن ابن ماجه (كتاب: الأحكام/باب: الحاكم يجتهد فيصيب الحق/حديث رقم: ٢٣١٥).

(٢) تهذيب اللغة ١٣/١٠٥، ولسان العرب ٦/١٦٣، وتاج العروس ١٦/٣٢١.

باب القضاء وما يتعلق به

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ ابْنِ الْحَاجِبِ فِي الْقَضَاءِ: وَهُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ. مَا نَصُّهُ: قَالَ الْأَزْهَرِيُّ(١): الْقَضَاءُ فِي اللُّغَةِ عَلَى وُجُوهٍ مَرْجِعُهَا إِلَى انْقِضَاءِ الشَّيْءِ وَتَمَامِهِ(٢). وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ(٣): الْقَضَاءُ الْحُكْمُ(٤). وَعِلْمُ الْقَضَاءِ وَإِنْ كَانَ أَحَدَ أَنْوَاعِ عِلْمِ الْفِقْهِ إِلَّا أَنَّهُ يَتَمَيَّزُ بِأُمُورٍ زَائِدَةٍ لَا يُحْسِنُهَا كُلُّ الْفُقَهَاءِ، وَقَدْ يُحْسِنُهُ مَنْ لَا بَاعَ لَهُ فِي الْفِقْهِ، وَهُوَ كَالتَّصْرِيفِ مِنْ عِلْمِ الْعَرَبِيَّةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ كُلُّ النُّحَاةِ يَعْلَمُ التَّصْرِيفَ، وَقَدْ يُحْسِنُهُ مَنْ لَا بَاعَ لَهُ فِي النَّحْوِ. وَإِنَّمَا كَانَ فَرْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْإِنْسَانُ لَا يَسْتَقِلُّ بِأُمُورِ دُنْيَاهُ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ حَرَّاثًا طَحَّانًا جَزَّارًا إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الصَّنَائِعِ الْمُفْتَقَرِ إِلَيْهَا احْتَاجَ إِلَى غَيْرِهِ، ثُمَّ بِالضَّرُورَةِ قَدْ يَحْصُلُ بَيْنَهُمَا التَّشَاجُرُ وَالتَّخَاصُمُ لِاخْتِلَافِ الْأَغْرَاضِ، فَاحْتِيجَ إِلَى مَنْ يَفْصِلُ تِلْكَ الْخُصُومَةَ، وَيَمْنَعُ بَعْضَهُمْ مِنْ غَرَضِهِ؛ وَلِهَذَا وَجَبَ إِقَامَةُ الْخَلِيفَةِ، لَكِنْ نَظَرُ الْخَلِيفَةِ أَعَمُّ؛ إِذْ أَحَدُ مَا يَنْظُرُ فِيهِ الْقَضَاءُ، وَلَمَّا كَانَ هَذَا الْغَرَضُ يَحْصُلُ بِوَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ، كَانَ ذَلِكَ فَرْضَ كِفَايَةٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَأْنُ فَرْضِ الْكِفَايَةِ. اهـ(٥).

ابْنُ عَرَفَةَ(٦): الْقَضَاءُ صِفَةٌ حُكْمِيَّةٌ تُوجِبُ لِمَوْصُوفِهَا نُفُوذَ حُكْمِهِ الشَّرْعِيِّ وَلَوْ

---

(١) محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور، أحد الأئمة في اللغة والأدب، مولده سنة ٢٨٢ هـ، ووفاته في هراة بخراسان سنة ٣٧٠ هـ، نسبته إلى جده «الأزهر» عني بالفقه فاشتهر به أولًا، ثم غلب عليه التبحر في العربية، فرحل في طلبها وقصد القبائل وتوسع في أخبارهم، من كتبه (تهذيب اللغة) و(غريب الألفاظ التي استعملها الفقهاء) و(تفسير القرآن). انظر: الوفيات ١/ ٥٠١، وإرشاد الأريب ٦/ ٢٩٧، والبلغة ٥٩، وسير أعلام النبلاء ١٦/ ٣١٥.

(٢) لسان العرب ١٥/ ١٨٦.

(٣) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، أول مَن حاول (الطيران) ومات في سبيله، لُغوي من الأئمة، وخطه يذكر مع خط ابن مقلة، أشهر كتبه (الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية). وله كتاب في (العروض) ومقدمته في (النحو)، أصله من فاراب، أقام في نيسابور، وتوفي فيها سنة ٣٩٣ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي ١٧/ ٨٠، وشذرات الذهب في تاريخ من ذهب ٢/ ١٤٢.

(٤) الصحاح للجوهري ٦/ ٢٤٦٣.

(٥) التوضيح في شرح جامع الأمهات لخليل ٧/ ٣٨٥، وأصل مشروعية القضاء من كتاب الله، قوله تعالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾ [ص: ٢٦] وقوله تعالى: ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ﴾ [النساء: ١٠٥]، ومن السنة: روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «بعثني رسول الله ﷺ قاضيًا إلى اليمن». مسند أحمد ١/ ١٤٩ (١٢٨٤).

(٦) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، مولده=

بِتَعْدِيلٍ أَوْ تَجْرِيحٍ لَا فِي عُمُومِ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ[١].

وَالنُّفُوذُ -بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ- الْإِمْضَاءُ وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا، أَمَّا بِالدَّالِ الْمُهْمَلَةِ فَمَعْنَاهُ الْفَرَاغُ وَالتَّمَامُ.

وَقَوْلُهُ: نُفُوذُ حُكْمِهِ... إلَخْ. أَخْرَجَ بِهِ مَنْ لَيْسَ بِتِلْكَ الصِّفَاتِ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ وَإِنَّمَا تَثْبُتُ الصِّفَةُ الْحُكْمِيَّةُ لِلْمَوْصُوفِ بَعْدَ ثُبُوتِ تَقْدِيمِهِ لِلْحُكْمِ، فَتَقْدِيمُهُ لِلْحُكْمِ وَالْفَصْلِ إذَا كَانَ أَهْلاً هُوَ الْمُوجِبُ لِحُصُولِ الصِّفَةِ الْحُكْمِيَّةِ، وَالْمُرَادُ بِالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ هُنَا هُوَ إلْزَامُ الْقَاضِي الْخَصْمَ أَمْرًا شَرْعِيًّا، وَالْإِضَافَةُ تُعَيِّنُهُ؛ لِقَوْلِهِ: حُكْمُهُ الشَّرْعِيُّ. وَأَخْرَجَ بِهِ غَيْرَ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ خِطَابَ اللهِ تَعَالَى[٢].

وَقَوْلُهُ: وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ أَوْ تَجْرِيحٍ. هُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى مُقَدَّرٍ؛ أَيْ بِكُلِّ شَيْءٍ حَكَمَ بِهِ وَلَوْ بِتَجْرِيحٍ أَوْ تَعْدِيلٍ، لِيَصِيرَ التَّعْدِيلُ وَالتَّجْرِيحُ مِنْ مُتَعَلِّقِ الْحُكْمِ وَهُوَ كَذَلِكَ.

وَخَرَجَ بِقَوْلِنَا: بِكُلِّ شَيْءٍ حَكَمَ بِهِ. الَّذِي قُلْنَا، إنَّهُ مُقَدَّرٌ قَبْلَ قَوْلِهِ: وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ الثُّبُوتِ وَالتَّأْجِيلَاتِ وَنَحْوِهِمَا، إذْ لَيْسَتْ بِحُكْمٍ[٣].

قَوْلِهِ: لَا فِي عُمُومِ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ. أَخْرَجَ بِهِ الْإِمَامَةَ الْكُبْرَى؛ لِأَنَّ نَظَرَهُ أَوْسَعُ مِنْ نَظَرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ -أَيْ الْقَاضِيَ- لَيْسَ لَهُ قِسْمَةُ الْغَنَائِمِ، وَلَا تَفْرِيقُ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ، وَلَا تَرْتِيبُ الْجُيُوشِ، وَلَا قِتَالُ الْبُغَاةِ وَلَا الْإِقْطَاعَاتُ، وَفِي إقَامَةِ الْحُدُودِ خِلَافٌ، أُنْظُرْ الرَّصَّاعَ[٤].

=ووفاته فيها، ولد سنة ٧١٦ هـ، من كتبه (المختصر الكبير) في فقه المالكية، و(المختصر الشامل) في التوحيد، و(مختصر الفرائض) و(المبسوط) في الفقه و(الحدود) في التعاريف الفقهية، توفي سنة ٨٠٣ هـ. انظر: الديباج المذهب لابن فرحون ٢/ ٣٣١، ونيل الابتهاج ٢٧٤، والضوء اللامع ٩/ ٢٤٠.

(١) منح الجليل ٨/ ٢٥٥، ومواهب الجليل ٨/ ٦٤.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ٢/ ٣٨٢.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ٢/ ٣٨٤.

(٤) شرح حدود ابن عرفة ٢/ ٣٨٥، والرصاع هو: محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، قاضي الجماعة بتونس ولد بتلمسان، ونشأ واستقر بتونس سنة ٨٣١ هـ، وعاش وتوفي بها سنة ٨٩٤ هـ. وله فيها عقب إلى الآن، اقتصر في أواخر أيامه على إمامة جامع الزيتونة والخطابة فيه، متصدرًا للإفتاء وإقراء الفقه والعربية، وعُرف بالرصاع لأن أحد جدوده كان نجارًا يرصع المنابر، له كتب، منها (التسهيل والتقريب والتصحيح لرواية الجامع الصحيح) و(تذكرة المحبين في شرح أسماء سيد المرسلين) و(الجمع الغريب في ترتيب آي مغني اللبيب) و(الهداية الكافية) في شرح الحدود الفقهية لابن عرفة. انظر: شجرة النور ٢٥٩، والضوء=

(فَائِدَةٌ): قَالَ الْقَرَافِيُّ[١]: الْقَاضِي مِنْ حَيْثُ هُوَ قَاضٍ إِنَّمَا لَهُ إِلْزَامُ الْحُكْمِ، أَمَّا نُفُوذُهُ فَلاَ؛ لِتَعَذُّرِ ذَلِكَ عَلَيْهِ كَالْحُكْمِ عَلَى الْمُلُوكِ وَالْجَبَابِرَةِ، فَإِلْزَامُ الْحُكْمِ مَوْجُودٌ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّنْفِيذِ لَا وُجُودَ لَهَا فِي حَقِّ الْعَاجِزِ. اهـ[٢].

وَعَلَى هَذَا فَمَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْحَدِّ: نُفُوذُ حُكْمِهِ. أَيْ إِلْزَامُ نُفُوذِ كُلِّ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَالْمَعْنَى أَنَّ هَذِهِ الصِّفَةَ مِنْ شَأْنِهَا ذَلِكَ.

وَفِي تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونٍ[٣] نَاقِلاً عَنِ الْقَرَافِيِّ: الْحَاكِمُ مِنْ حَيْثُ هُوَ حَاكِمٌ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْإِنْشَاءُ، وَأَمَّا قُدْرَةُ التَّنْفِيذِ فَأَمْرٌ زَائِدٌ عَلَى كَوْنِهِ حَاكِمًا، فَقَدْ يُفَوَّضُ لَهُ التَّنْفِيذُ وَقَدْ لَا يَنْدَرِجُ فِي وِلَايَتِهِ. اهـ[٤].

(وَاعْلَمْ) أَنَّ النَّاظِمَ بَوَّبَ لِلْقَضَاءِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْقَضَاءَ هُوَ الْحُكْمُ، وَأَشَارَ لَهُ هُنَا بِقَوْلِهِ: مُنَفِّذٌ بِالشَّرْعِ لِلأَحْكَامِ. فَتَرْجَمَ لِلْمَصْدَرِ وَذَكَرَ مَكَانَهُ اسْمَ الْفَاعِلِ؛ لِأَنَّ الْمَصْدَرَ مَوْجُودٌ فِي اسْمِ الْفَاعِلِ وَأَصْلٌ لَهُ، فَهُوَ مِنَ التَّعْبِيرِ بِالْأَصْلِ عَنِ الْفَرْعِ، كَقَوْلِ ابْنِ مَالِكٍ فِي الِابْتِدَاءِ: مُبْتَدَأٌ زَيْدٌ. وَلَمْ يَذْكُرْ بَعْدَهُ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْقَضَاءِ فِي هَذِهِ التَّرْجَمَةِ

=اللامع ٨/٢٨٧، ومعجم المؤلفين ١١/١٣٧.

(١) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية، نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منها (أنوار البروق في أنواء الفروق) و(الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام) و(الذخيرة) و(شرح تنقيح الفصول) في الأصول و(مختصر تنقيح الفصول)، توفي سنة ٦٨٤ هـ. انظر: الديباج المذهب ٦٢، وشجرة النور ١٨٨.

(٢) جاء في المعيار عن العقباني: وللقاضي أن يمتنع من الحكم إن ظهر له دخول ضرر عليه إن هو حكم، ولا حرج عليه إن شاء الله تعالى. فإن العتاة الذين لهم سطوة إن قيل لأحدهم: ألزمتك كذا شرعًا. فإن القاضي يخاف من هذا الإلزام وهو غير التنفيذ، وعليه فالإلزام والتنفيذ للقاضي تركهما.

(٣) إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون برهان الدين اليعمري، عالم بحّاث، ولد ونشأ ومات في المدينة، وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك من عدنان، رحل إلى مصر والقدس والشام سنة ٧٩٢ هـ، وتولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣ هـ، ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر، فمات بعلته عن نحو ٧٠ عامًا في سنة ٧٩٩ هـ، وهو من شيوخ المالكية، من مصنفاته: (الديباج المذهب) في تراجم أعيان المذهب المالكي، و(تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) و(درة الغواص في محاضرة الخواص) و(طبقات علماء الغرب) و(تسهيل المهمات) في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب. انظر: الدرر الكامنة لابن حجر ١/٤٨، وشجرة النور الزكية ص ٢٢٢.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٥٧.

إِلَّا أَوْصَافَ الْقَاضِي الَّتِي بَعْضُهَا شَرْطُ صِحَّةٍ وَبَعْضُهَا شَرْطُ كَمَالٍ، أَوْ شَرْطٌ فِي دَوَامِ وِلَايَتِهِ وَمَوْضِعِ جُلُوسِهِ، وَذَلِكَ هُوَ الْمَعْنِيُّ بِقَوْلِهِ فِي التَّرْجَمَةِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَى ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللهُ.

مُنَفِّذٌ بِالشَّرْعِ لِلأَحْكَامِ لَهُ نِيَابَةٌ عَنِ الإِمَامِ

يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِيَ هُوَ الْمُنَفِّذُ لِلأَحْكَامِ بِمُقْتَضَى الشَّرْعِ وَمُوَافَقَتِهِ، وَأَنَّ لَهُ نِيَابَةً عَنِ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ فَـ«مُنَفِّذٌ» خَبَرُ مُبْتَدَإٍ مَحْذُوفٍ؛ أَيْ: الْقَاضِي مُنَفِّذٌ، وَ«لِلأَحْكَامِ» يَتَعَلَّقُ بِمُنَفِّذٌ وَكَذَا بِالشَّرْعِ، وَ«لَهُ نِيَابَةٌ» خَبَرٌ وَمُبْتَدَأٌ سَوَّغَ الِابْتِدَاءَ بِهِ الْعَمَلُ فِي «عَنِ الْإِمَامِ» وَالْجُمْلَةُ خَبَرٌ ثَانٍ عَنِ الْمُبْتَدَإِ الْمَحْذُوفِ، وَالرَّابِطُ لِجُمْلَةِ الْخَبَرِ بِالْمُبْتَدَإِ ضَمِيرُ «لَهُ» وَهَذَا - وَاللهُ أَعْلَمُ- أَوْلَى مِنْ إِعْرَابِ «مُنَفِّذٌ» مُبْتَدَأً، وَجُمْلَةُ «لَهُ نِيَابَةٌ» خَبَرُهُ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالذَّاتِ هُوَ التَّعْرِيفُ بِالْقَاضِي وَأَنَّهُ الْمُنَفِّذُ لِلأَحْكَامِ، وَأَمَّا كَوْنُهُ نَائِبًا عَنِ الْإِمَامِ فَزَائِدٌ عَنِ الْمَقْصُودِ. وَهَبْهُ مَقْصُودًا أَيْضًا، فَدَلَالَةُ الْكَلَامِ عَلَى فَائِدَتَيْنِ كَمَا يَقْتَضِيهِ الْإِعْرَابُ الْأَوَّلُ أَوْلَى مِنْ دَلَالَتِهِ عَلَى وَاحِدَةٍ كَمَا يَقْتَضِيهِ الْإِعْرَابُ الثَّانِي، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «لَهُ نِيَابَةٌ عَنِ الْإِمَامِ[1]» أَنَّ لِلْإِمَامِ عَزْلَهُ مَتَى شَاءَ لِسَبَبٍ وَلِغَيْرِ سَبَبٍ[2]، كَمَا هُوَ الشَّأْنُ فِيمَنِ اسْتَنَابَ غَيْرَهُ وَوَكَّلَهُ عَلَى أَمْرٍ بَدَا لَهُ فَلَهُ عَزْلُهُ[3]، بِخِلَافِ مَنْ أَوْصَى لَهُ الْإِمَامُ بِالْخِلَافَةِ وَقَبِلَ، فَلَيْسَ لَهُ عَزْلُهُ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْقَاضِيَ وَسَائِرَ الْعُمَّالِ إِنَّمَا وَلَّاهُمْ لِيَنُوبُوا عَنْهُ فِي بَعْضِ الْكُلَفِ وَالْأَشْغَالِ الَّتِي عَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَيَنُوبُوا عَنْهُ فِي ذَلِكَ، وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ وَكِيلَهُ، وَلَا كَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِلرَّجُلِ يَكُونُ بَعْدَهُ إِمَامًا لِلْمُسْلِمِينَ، فَهَذَا لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ جَعْلُ غَيْرِهِ يَنُوبُ عَلَيْهِ فِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ حُكْمٌ حَكَمَ بِهِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَأَحْكَامُهُ عَلَيْهِمْ نَافِذَةٌ[4]. .... قَالَهُ

---

(١) في إقامة قوانين الشرع وقواعده وحفظ الملة على وجه يجب اتباعه على كافة الأمة. حلي المعاصم للتاودي ١/ ٢٥، وتوضيح الأحكام للتوزري ١/ ١٩.

(٢) إذا كان القاضي مشهورًا بالعدالة لا ينبغي للإمام عزله إلا لمصلحة، كما إذا وجد من هو أكمل منه، وإذا عزله فإنه يبريه من ذلك لأن العزل مظنة تطرق الكلام في المعزول، أما إذا عزله لسخط فإنه يظهر عيبه للناس لئلا يتولى عليهم بعد. توضيح الأحكام ١/ ١٩.

(٣) وأول مَن استناب في ذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه. حلي المعاصم للتاودي ١/ ٢٥.

(٤) فنجد أنه قد أوصى أبو بكر بخلافة عمر بعده، بينما عمر لم يوص وقال: لا أتحمل عهدتها حيًّا وميتًا.=

المَازِرِيُّ[(١)]. اهـ.

مِنْ الْفُرُوقِ لِلإِمَامِ سَيِّدِي أَحْمَدَ الْوَنْشَرِيسِيِّ رَحِمَهُ اللهُ: قَالَ ابْنُ فَرْحُونٍ فِي تَبْصِرَتِهِ: حَقِيقَةُ الْقَضَاءِ الإِخْبَارُ عَنْ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ عَلَى سَبِيلِ الإِلْزَامِ[(٢)]. قَالَ غَيْرُهُ: وَمَعْنَى قَوْلِهِمْ: قَضَى الْقَاضِي. أَيْ أَلْزَمَ الْحَقَّ أَهْلَهُ. وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ ﴿ فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَوْتَ ﴾ [سبأ: ١٤] أَلْزَمْنَاهُ وَحَتَمْنَا بِهِ عَلَيْهِ.

وَفِي المَدْخَلِ لِابْنِ طَلْحَةَ الأَنْدَلُسِيِّ[(٣)]: الْقَضَاءُ مَعْنَاهُ: الدُّخُولُ بَيْنَ الْخَلْقِ وَالْخَالِقِ لِيُؤَدِّيَ فِيهِمْ أَوَامِرَهُ وَأَحْكَامَهُ بِوَاسِطَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ.

وَقَالَ الْقَرَافِيُّ: حَقِيقَةُ الْحُكْمِ إِنْشَاءُ إِلْزَامٍ أَوْ إِطْلاَقٍ، فَالإِلْزَامُ كَحُكْمِهِ بِالنَّفَقَةِ وَالشُّفْعَةِ وَالصَّدَاقِ وَنَحْوِهَا، وَأَمَّا الْحُكْمُ بِالإِطْلاَقِ فَكَمَا إِذَا حَكَمَ بِزَوَالِ المِلْكِ عَنْ أَرْضٍ زَالَ الإِحْيَاءُ عَنْهَا وَأَنْ تَبْقَى مُبَاحَةً لِكُلِّ أَحَدٍ، وَحَكَمَ بِزَوَالِ مِلْكِ الصَّائِدِ عَنْ صَيْدٍ نَدَّ مِنْهُ وَحَازَهُ ثَانٍ.

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ، وَلَا خِلاَفَ بَيْنَ الأَئِمَّةِ أَنَّ الْقِيَامَ بِالْقَضَاءِ وَاجِبٌ، وَلَا يَتَعَيَّنُ عَلَى أَحَدٍ إِلَّا أَنْ لَا يُوجَدَ مِنْهُ عِوَضٌ، وَقَدْ اجْتَمَعَتْ فِيهِ شُرُوطُ الْقَضَاءِ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ. قِيلَ: أَيُجْبَرُ بِالضَّرْبِ وَالسِّجْنِ؟ قَالَ[(٤)]: نَعَمْ[(٥)].

وَحِكْمَتُهُ رَفْعُ التَّشَاجُرِ وَرَدُّ الثَّوَابِتِ وَقَمْعُ الظَّالِمِ وَنَصْرُ المَظْلُومِ وَقَطْعُ الْخُصُومَاتِ، وَالأَمْرُ بِالمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنْ المُنْكَرِ. قَالَهُ ابْنُ رُشْدٍ وَغَيْرُهُ. اهـ[(٦)].

=وجعل الأمر شورى بين ستة. حلي المعاصم للتاودي ١/ ٢٥.

(١) أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، محدث من فقهاء المالكية، ولد عام ٤٥٣ هـ، نسبته إلى (مازر) بجزيرة صقلية، ووفاته بالمهدية. من مصنفاته (المعلم بفوائد مسلم) في الحديث، و(التلقين) في الفروع، و(الكشف والإنباء) في الرد على الإحياء للغزالي، و(إيضاح المحصول في الأصول)، توفي عام ٥٣٦ هـ. انظر: وفيات الأعيان ٤/ ٢٨٥، وسير أعلام النبلاء ٢٠/ ١٠٤، والديباج المذهب ١/ ١٤٧.

(٢) أصله لابن رشد. انظر: الثمر الداني ص ٦٠٤، وحاشية العدوي ٢/ ٤٣٩، منح الجليل ٨/ ٢٥٥.

(٣) عبد الله بن طلحة بن محمد بن عبد الله اليابري، أبو بكر، أبو محمد، نحوي، أصولي فقيه، مفسر، أصله من يابرة، ونزل إشبيلية، ورحل إلى مكة، وتوفي بعد سنة ٥١٥ هـ، من تصانيفه: (المدخل) و(شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني)، و(سيف الإسلام على مذهب مالك). انظر: معجم المؤلفين ٦/ ٦٥.

(٤) الإمام مالك رضي الله عنه.

(٥) منح الجليل ٨/ ٢٦٧.

(٦) تبصرة الحكام ١/ ٩.

وَقَدْ اشْتَمَلَ هَذَا الْكَلَامُ عَلَى حَقِيقَةِ الْقَضَاءِ وَمَعْنَاهُ وَحُكْمِهِ وَحِكْمَتِهِ.

ثُمَّ قَالَ فِي التَّبْصِرَةِ: وَاعْلَمْ أَنَّ أَكْثَرَ الْمُؤَلِّفِينَ بَالَغُوا فِي التَّحْذِيرِ مِنْ الدُّخُولِ فِي وِلَايَةِ الْقَضَاءِ، حَتَّى تَقَرَّرَ فِي ذِهْنِ كَثِيرٍ مِنْ الْفُقَهَاءِ وَالصُّلَحَاءِ أَنَّ مَنْ وُلِّيَ الْقَضَاءَ فَقَدْ سَهُلَ عَلَيْهِ دِينُهُ وَأَلْقَى بِيَدِهِ إلَى التَّهْلُكَةِ، وَهَذَا غَلَطٌ فَاحِشٌ تَجِبُ التَّوْبَةُ مِنْهُ. وَالْوَاجِبُ تَعْظِيمُ هَذَا الْمَنْصِبِ الشَّرِيفِ وَمَعْرِفَةُ مَكَانَتِهِ مِنْ الدِّينِ، فِيهِ بُعِثَتْ الرُّسُلُ، وَبِالْقِيَامِ بِهِ قَامَتْ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ، وَجَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ النِّعَمِ الَّتِي يُبَاحُ الْحَسَدُ عَلَيْهَا، فَقَدْ جَاءَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ: «لَا حَسَدَ إلَّا فِي اثْنَتَيْنِ: رَجُلٌ آتَاهُ اللهُ مَالًا فَسُلِّطَ عَلَى هَلَكَتِهِ فِي الْحَقِّ، وَرَجُلٌ آتَاهُ اللهُ الْحِكْمَةَ فَهُوَ يَقْضِي بِهَا وَيَعْمَلُ بِهَا»(١). وَجَاءَ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ رضي الله عنها أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «هَلْ تَدْرُونَ مَنْ السَّابِقُونَ إلَى ظِلِّ اللهِ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ؟ قَالُوا: اللهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ قَالَ: الَّذِينَ إذَا أُعْطُوا الْحَقَّ قَبِلُوهُ، وَإِذَا سُئِلُوهُ بَذَلُوهُ، وَإِذَا حَكَمُوا لِلْمُسْلِمِينَ حَكَمُوا كَحُكْمِهِمْ لأَنْفُسِهِمْ»(٢). وَفِي الْحَدِيثِ: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمْ اللهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إلَّا ظِلُّهُ إمَامٌ عَادِلٌ»(٣). وَقَالَ ﷺ: «الْمُقْسِطُونَ عَلَى مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(٤). إلَى غَيْرِ ذَلِكَ. وَاعْلَمْ أَنَّ كُلَّ مَا جَاءَ مِنْ الْأَحَادِيثِ الَّتِي فِيهَا تَخْوِيفٌ وَوَعِيدٌ، إنَّمَا هِيَ فِي حَقِّ قُضَاةِ الْجَوْرِ مِنْ الْعُلَمَاءِ وَفِي حَقِّ الْجُهَّالِ الَّذِينَ يُدْخِلُونَ أَنْفُسَهُمْ فِي هَذَا الْمَنْصِبِ بِغَيْرِ عِلْمٍ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ(٥).

وَقَوْلُهُ فِي التَّحْذِيرِ مِنْ الْقَضَاءِ، وَهَذَا غَلَطٌ فَاحِشٌ لَيْسَ هُوَ غَلَطًا، وَإِنَّمَا هُوَ نَظَرٌ لِلْغَالِبِ الَّذِي هُوَ كَالْمُحَقَّقِ، فَإِنَّ الطَّبِيعَةَ الْبَشَرِيَّةَ وَاحِدَةٌ، وَمَا جَازَ عَلَى الْمِثْلِ يَجُوزُ عَلَى مُمَاثِلِهِ، وَالْعَيْبُ يَحْدُثُ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ، وَالنَّفْسُ مَجْبُولَةٌ عَلَى حُبِّ الدُّنْيَا وَالْإِمَارَةِ، وَالْمَيْلِ

---

(١) صحيح البخاري (كتاب: العلم/باب: الاغتباط في العلم والحكمة/حديث رقم: ٧٣) وصحيح مسلم (كتاب: صلاة المسافرين وقصرها/باب: فضل من يقوم بالقرآن وفضل من تعلم حكمة/حديث رقم: ٨١٦).

(٢) مسند أحمد ٦/٦٧ (٢٤٣٧٨).

(٣) صحيح البخاري (كتاب: الحدود/باب: فضل من ترك الفواحش/حديث رقم: ٦٨٠٦) وصحيح مسلم (كتاب: الزكاة/باب: فضل إخفاء الصدقة/حديث رقم: ١٠٣١).

(٤) صحيح مسلم (كتاب: الإمارة/باب: فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر/حديث رقم: ١٨٢٧) وسنن النسائي (كتاب: آداب القضاة/باب: فضل الحاكم العادل في حكمه/حديث رقم: ٥٣٧٩).

(٥) تبصرة الحكام ١/١٠- ١١.

لِلنَّفْسِ وَالْأَقَارِبِ وَالْأَصْحَابِ، وَمَنْ يُعَامِلُهَا بِخَيْرٍ، فَالتَّحْذِيرُ مِنَ الْقَضَاءِ مِنْ بَابِ سَدِّ الذَّرَائِعِ، وَتَقْدِيمِ دَرْءِ المَفَاسِدِ عَلَى جَلْبِ المَصَالِحِ، وَمِنْ بَابِ قَوْلِ الْقَائِلِ:

إِنَّ السَّلَامَةَ مِنْ سَلْمَى وَجَارَتِهَا   أَلَّا تَحِلَّ عَلَى حَالٍ بِوَادِيهَا

وَقَدْ سَمِعْت مِنْ بَعْضِ أَشْيَاخِي ﵀: أَنَّ أَمِيرًا وَلَّى إِنْسَانًا خُطَّةَ الحِسْبَةِ، ثُمَّ بَعْدَ أَيَّامٍ قَلِيلَةٍ طَلَبَ مِنَ الْأَمِيرِ أَنْ يُخَلِّيَهُ عَنْ تِلْكَ الخُطَّةِ وَيُوَلِّيهَا لِغَيْرِهِ، فَقَالَ لَهُ: لِمَ؟ فَقَالَ: إِنَّ النَّاسَ يُهْدُونَ لِي وَيُعَامِلُونَنِي بِخَيْرٍ لَمَّا تَوَلَّيْت، وَلَا أَقْدِرُ أَنْ أَحْكُمَ عَلَى مَنْ يُعَامِلُنِي بِخَيْرٍ بِمَا يَكْرَهُ.

فَانْظُرْ، فَإِنَّ مِثْلَ هَذَا هُوَ المَوْجُودُ غَالِبًا، وَأَمَّا مَنْ لَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً وَلَا يَمِيلُ لِغَرَضٍ وَلَا يَخَافُ فِي اللهِ لَوْمَةَ لَائِمٍ فَهُوَ قَلِيلٌ، لَا سِيَّمَا فِي هَذَا الْوَقْتِ، فَهُوَ مِمَّا يُسْمَعُ بِهِ وَلَا يُرَى، تَغَمَّدَ اللهُ الجَمِيعَ بِرَحْمَتِهِ.

وَاسْتُحْسِنَتْ فِي حَقِّهِ الجَزَالَةُ   وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ وَالْعَدَالَةُ

وَأَنْ يَكُونَ ذَكَرًا حُرًّا سَلِمْ   مِنْ فَقْدِ رُؤْيَةٍ وَسَمْعٍ وَكَلِمْ

وَيُسْتَحَبُّ الْعِلْمُ فِيهِ وَالْوَرَعْ   مَعَ كَوْنِهِ الحَدِيثَ لِلْفِقْهِ جَمَعْ

ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ بَعْضَ شُرُوطِ الْقَاضِي، وَيُطْلَقُ عَلَيْهَا صِفَاتٌ؛ لِأَنَّهَا قَائِمَةٌ بِهِ وَقَسَّمَهَا إِلَى قِسْمَيْنِ: شُرُوطُ صِحَّةٍ يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِهَا أَوْ عَدَمِ وَاحِدٍ مِنْهَا عَدَمُ صِحَّةِ وِلَايَتِهِ، وَشُرُوطُ كَمَالٍ تَصِحُّ وِلَايَتُهُ بِدُونِهَا، لَكِنْ الْأَوْلَى وُجُودُهَا، فَذَكَرَ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ: التَّكْلِيفَ، وَالْعَدَالَةَ، وَالذُّكُورَةَ، وَالحُرِّيَّةَ، وَكَوْنَهُ سَمِيعًا بَصِيرًا مُتَكَلِّمًا.

وَمِنْ شُرُوطِ الْكَمَالِ: الجَزَالَةَ، وَالعِلْمَ، وَالْوَرَعَ، وَجَمْعَهُ بَيْنَ الْفِقْهِ وَالحَدِيثِ.

فَاشْتَرَطَ فِيهِ التَّكْلِيفَ المُشْتَمِلَ عَلَى شَرْطَيْ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَاقِلِ وَغَيْرَ الْبَالِغِ لَا يَجْرِي عَلَيْهِمَا قَلَمٌ، وَلَا يَتَوَجَّهُ إِلَيْهِمَا خِطَابٌ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُكْمٌ عَلَى نَفْسِهِ فَأَوْلَى عَلَى غَيْرِهِ، وَلَا يُكْتَفَى فِي شَرْطِ الْعَقْلِ بِالْعَقْلِ الَّذِي يَتَعَلَّمُ بِهِ التَّكْلِيفَ مِنْ عِلْمِهِ بِالمُدْرَكَاتِ الضَّرُورِيَّاتِ، بَلْ حَتَّى يَكُونَ صَحِيحَ التَّمْيِيزِ جَيِّدَ الْفِطْنَةِ، بَعِيدًا مِنْ السَّهْوِ وَالْغَفْلَةِ؛ حَتَّى يَتَوَصَّلَ بِذَلِكَ إِلَى وُضُوحِ مَا أَشْكَلَ، وَفَصْلِ مَا أَعْضَلَ.

قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ(١): وَاشْتَرَطْتُ فِيهِ الْعَدَالَةَ الْمُسْتَلْزِمَةَ لِشَرْطِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ لَمْ يَجْعَلِ اللهُ لَهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً(٢)، وَالْوِلَايَةُ مِنْ أَعْظَمِ السَّبِيلِ؛ وَلِأَنَّ الْفَاسِقَ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَى الْأَحْكَامِ، وَلَا مَوْثُوقٌ بِهِ فِي اجْتِنَابِ الْأَغْرَاضِ، وَيَأْتِي أَنَّ الْعَدْلَ هُوَ مَنْ يَجْتَنِبُ الْكَبَائِرَ وَيَتَّقِي فِي الْغَالِبِ الصَّغَائِرَ وَالْمُبَاحَ الَّذِي يَقْدَحُ فِي الْمُرُوءَةِ، كَالْأَكْلِ فِي السُّوقِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَاشْتَرَطْتُ فِيهِ الذُّكُورَةَ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ فَرْعٌ عَنِ الْإِمَامَةِ الْعُظْمَى، وَوِلَايَةُ الْمَرْأَةِ الْإِمَامَةَ مُمْتَنِعٌ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً»(٣). فَكَذَلِكَ النَّائِبُ عَنْهُ لَا يَكُونُ امْرَأَةً. وَبِالْجُمْلَةِ فَمَنْصِبُ الْوِلَايَةِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ لِلنِّسَاءِ.

وَاشْتُرِطَتْ الْحُرِّيَّةُ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ بَقِيَّةُ أَثَرِ الْكُفْرِ، وَالنُّفُوسُ تَأْنَفُ مِنَ الِانْقِيَادِ لِمَنْ عَلَيْهِ رِقٌّ، وَالْإِذْعَانِ لِمَنْ تَقَرَّرَ عَلَيْهِ لِسِوَاهُ مِلْكٌ.

قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَإِذَا كَانَ نَقْصُ الرِّقِّ مَانِعًا مِنْ وِلَايَةِ نَفْسِهِ، فَأَحْرَى أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ إِنْفَاذِ وِلَايَتِهِ عَلَى غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ الرِّقَّ لَمَّا مَنَعَ مِنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، كَانَ أَوْلَى أَنْ يَمْنَعَ مِنْ نُفُوذِ الْحُكْمِ وَانْعِقَادِ الْوِلَايَةِ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَنْ لَمْ تَكْمُلْ حُرِّيَّتُهُ مِنْ مُدَبَّرٍ وَمُكَاتَبٍ وَمُعْتَقٍ بَعْضُهُ هَذَا فِي الْحُكْمِ، وَأَمَّا فِي الْفَتْوَى فَلَا يَمْنَعُهُ الرِّقُّ أَنْ يُفْتِيَ، وَلَا أَنْ يَرْوِيَ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ فِي الْفَتْوَى وَالرِّوَايَةِ، وَيَجُوزُ لَهُ إِذَا عَتَقَ أَنْ يَقْضِيَ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ وَلَاءٌ(٤).

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ كَوْنِهِ سَمِيعًا بَصِيرًا مُتَكَلِّمًا، فَظَاهِرُهُ أَنَّهَا مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ أَيْضًا.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: عَنِ ابْنِ رُشْدٍ وَهُوَ ظَاهِرُ مَا فِي وَثَائِقِ أَبِي الْقَاسِمِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ

---

(١) علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي، أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة، ولد في البصرة سنة ٣٦٤ هـ، وانتقل إلى بغداد، وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جُعل (أقضى القضاة) في أيام القائم بأمر الله العباسي، وكان يميل إلى مذهب الاعتزال، وله المكانة الرفيعة عند الخلفاء، وربما توسط بينهم وبين الملوك وكبار الأمراء في ما يصلح به خللاً أو يزيل خلافًا، نسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد سنة ٤٥٠ هـ. من كتبه (أدب الدنيا والدين) و(الأحكام السلطانية) و(النكت والعيون) في تفسر القرآن، و(الحاوي) في فقه الشافعية، و(نصيحة الملوك). انظر: الوفيات ١/٣٢٦، وشذرات الذهب ٣/٢٨٥، ومعجم المؤلفين ٧/١٨٩، وسير أعلام النبلاء ١٨/٦٤، ووفيات الأعيان ٣/٢٨٢.

(٢) الأحكام السلطانية ١/١١٥.

(٣) صحيح البخاري (كتاب: المغازي/باب: كتاب النبي إلى كسرى/حديث رقم: ٤٤٢٥) سنن الترمذي (كتاب: الفتن عن رسول الله/باب: ما جاء في النهي عن سب الرياح/حديث رقم: ٢٢٦٢).

(٤) الأحكام السلطانية ١/١٠٩- ١١٠.

فَقْدَهَا مُوجِبٌ لِلْعَزْلِ فَتَنْفُذُ وِلَايَةُ الْأَصَمِّ وَالْأَعْمَى وَالْأَبْكَمِ، وَتَنْفُذُ أَحْكَامُهُ، وَيَجِبُ عَزْلُهُ، سَوَاءٌ وُلِّيَ كَذَلِكَ أَوْ طَرَأَ عَلَيْهِ ذَلِكَ[1]. وَإِنَّمَا اُشْتُرِطَتْ السَّلَامَةُ فِي الْأَعْضَاءِ الثَّلَاثَةِ لِعَدَمِ تَأَتِّي الْمَقْصُودِ مِنْ الْفَهْمِ وَالْإِبْهَامِ لِفَاقِدِ بَعْضِهَا فَضْلًا عَنْ كُلِّهَا.

(تَنْبِيهٌ) زَادَ ابْنُ الْحَاجِبِ فِي شُرُوطِ الصِّحَّةِ: أَنْ يَكُونَ مُجْتَهِدًا فَطِنًا، فَلَا يَجُوزُ وَلَا تَصِحُّ وِلَايَةُ الْمُقَلِّدِ، وَلَا تَنْفُذُ أَحْكَامُهُ[2].

قَالَ الْمَازِرِيُّ: هَكَذَا يَحْكِي أَصْحَابُنَا عَنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ وِلَايَةُ الْمُقَلِّدِ، وَهَذَا إنَّمَا هُوَ مَعَ وُجُودِ الْمُجْتَهِدِ وَإِلَّا صَحَّتْ وِلَايَةُ غَيْرِهِ[3].

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مُجْتَهِدٌ فَمُقَلِّدٌ[4].

ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ[5]: فَيَنْبَغِي أَنْ يَخْتَارَ أَعْلَمَ الْمُقَلِّدِينَ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ الِاقْتِصَارُ عَلَى قَوْلِ إمَامِهِ أَمْ لَا؟ قَوْلَانِ، وَلِاشْتِرَاطِ كَوْنِهِ فَطِنًا لَا تَجُوزُ وِلَايَةُ الْمُغَفَّلِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ، بَلْ اشْتِرَاطُهَا هُنَا أَوْلَى[6].

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَبَقِيَ عَلَى ابْنِ الْحَاجِبِ شَرْطٌ تَاسِعٌ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي وَاحِدًا نَصَّ عَلَيْهِ ابْنُ شَاسٍ[7] .... وَابْنُ

---

(١) التوضيح ٧/٣٩٣.

(٢) جامع الأمهات ص ٤٦٠.

(٣) التوضيح ٧/٣٨٩.

(٤) جامع الأمهات ص ٤٦٠.

(٥) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق سنة ٥٧٧ هـ، وتولى الخطابة والتدريس بزاوية الغزالي، ثم الخطابة بالجامع الأموي، ولما سلَّم الصالح إسماعيل ابن العادل قلعة «صفد» للصليبيين اختيارًا أنكر عليه ابن عبد السلام ولم يدع له في الخطبة فغضب وحبسه، ثم أطلقه فخرج إلى مصر، فولاه صاحبها الصالح نجم الدين أيوب القضاء والخطابة، ومكَّنه من الأمر والنهي، ثم اعتزل ولزم بيته، وتوفي بالقاهرة ٦٦٠ هـ، من كتبه: (التفسير الكبير) و(الإلمام في أدلة الأحكام) و(قواعد الأحكام في إصلاح الأنام) فقه. انظر: طبقات السبكي ٥/ ٨٠، والنجوم الزاهرة ٧/ ٢٠٨، ومعجم المؤلفين ٥/ ٢٤٩، وشذرات الذهب ٥/ ٣٠١، والمنهل الصافي ٣/ ٢٢٧.

(٦) التوضيح ٧/ ٣٩٠.

(٧) أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار بن عشائر بن عبد الله بن محمد بن شاس الجذامي السعدي، شيخ المالكية في عصره بمصر، من أهل دمياط، مات فيها مجاهدًا والإفرنج محاصرون لها، من كتبه (الجواهر الثمينة) في فقه المالكية، وكان جده شاس من الأمراء، توفي سنة ٦١٦ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ٢٢/ ٩٩=

شَعْبَانَ(١) وَغَيْرُهُمَا، أَيْ لَا يَجُوزُ أَنْ يُفَرَّضَ الْقَضَاءُ إِلَى اثْنَيْنِ لَا يَتِمُّ الْحُكْمُ إِلَّا بِاجْتِمَاعِهِمَا(٢).

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَجُوزُ أَنْ يُنَصَّبَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَانِ أَوْ أَكْثَرُ كُلٌّ مُسْتَقِلٌّ أَوْ مُخْتَصٌّ بِنَاحِيَةٍ أَوْ نَوْعٍ(٣).

وَأَمَّا شُرُوطُ الْكَمَالِ فَذَكَرَ فِي النَّظْمِ مِنْهَا أَرْبَعَةً:

الْأُولَى: الْجَزَالَةُ: مَصْدَرُ جَزَلَ فَهُوَ جَزِيلٌ، وَهُوَ الْعَاقِلُ الْأَصِيلُ الرَّأْيِ، قَالَهُ فِي الْقَامُوسِ(٤).

وَقَالَ عِيَاضٌ(٥): الْجَزَالَةُ الْوَقَارُ وَالْعَقْلُ وَالْقَطْعُ(٦). وَفَسَّرَهَا بَعْضُهُمْ بِالْقُوَّةِ وَالْإِحْكَامِ وَالْإِتْقَانِ.

وَمَعْنَى «اُسْتُحْسِنَتْ» اُسْتُحِبَّتْ، قَالَ الشَّارِحُ: كَوْنُهُ جَزِيلاً، ذَكَرَهُ ابْنُ رُشْدٍ فِي الْمُقَدِّمَاتِ فِي خِصَالِهِ الْمُسْتَحَبَّةِ.

الثَّانِي: الْعِلْمُ.

=والديباج المذهب ٣/٤٤٣، وشجرة النور ١/١٦٥، معجم المؤلفين ٦/١٥٨.

(١) محمد بن القاسم بن شعبان، أبو إسحاق، ابن القرطي، ويقال له: ابن شعبان. من نسل عمار بن ياسر، رأس الفقهاء المالكيين بمصر في وقته، كان كثير الذم لبني عبيد -الفاطميين-، ويدعو الله أن يميته قبل دخولهم مصر، وبعث إليه معد بن إسماعيل (المعز الفاطمي) بكتاب ومائة مثقال مع رسوله ابن الديلي، فقرض البسملة من أعلى الكتاب وأحرق باقيه بالشمعة أمام الرسول، ورد المائة عليه، وكانت وفاته وقت دخول الفاطميين إلى مصر عام ٣٥٥ هـ عن نيف وثمانين سنة، له تآليف منها: (الزاهي الشعباني) في الفقه، و(أحكام القرآن) و(المناسك). انظر: المدارك ٣/١٩٣، والديباج ٢٤٨، وشجرة النور ٨٠.

(٢) التوضيح ٧/٣٩٠.

(٣) جامع الأمهات ص ٤٦١.

(٤) لسان العرب ١١/١٠٩.

(٥) عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل، عالم المغرب، وإمام أهل الحديث في وقته، كان من أعلم الناس بكلام العرب وأنسابهم وأيامهم، ولي قضاء سبتة، ومولده فيها عام ٤٧٦ هـ، ثم قضاء غرناطة، وتوفي بمراكش مسمومًا عام ٥٤٤ هـ، قيل: سمه يهودي. من تصانيفه (الشفا بتعريف حقوق المصطفى) و(الغنية) في ذكر مشيخته، و(ترتيب المدارك وتقريب المسالك في معرفة أعلام مذهب الإمام مالك) و(شرح صحيح مسلم) و(مشارق الأنوار) و(الإعلام بحدود قواعد الإسلام). انظر: وفيات الأعيان ٣/٤٨٣، وقضاة الأندلس ص ١٠١، وبغية الملتمس ص ٤٢٥، وأزهار الرياض ١/٢٣، وجذوة الاقتباس ص ٢٧٧.

(٦) جمهرة العرب ١/٢٣٥.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: نَصَّ فِي الْمُقَدِّمَاتِ عَلَى أَنَّ الْعِلْمَ مِنْ الصِّفَاتِ الْمُسْتَحَبَّةِ. اهـ[١].

وَقَالَ الشَّارِحُ: وَكَوْنُ الْعِلْمِ فِي الْقَاضِي مِنْ الشُّرُوطِ الْمُسْتَحَبَّةِ هُوَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ ابْنُ زَرْقُونَ وَابْنُ رُشْدٍ، خِلَافُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ عِيَاضٌ وَابْنُ الْعَرَبِيِّ[٢] وَالْمَازِرِيُّ مِنْ كَوْنِهِ مِنْ الشُّرُوطِ الْوَاجِبَةِ. اهـ.

وَكَوْنُهُ مِنْ الشُّرُوطِ الْوَاجِبَةِ هُوَ مُقْتَضَى مَا تَقَدَّمَ عَنْ ابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ.

التَّوْضِيحُ: قَالَ عِيَاضٌ: وَشَرْطُ الْعِلْمِ إِذَا وُجِدَ لَازِمٌ، فَلَا يَصِحُّ تَقْدِيمُ مَنْ لَيْسَ بِعَالِمٍ، وَلَا يَنْعَقِدُ لَهُ تَقْدِيمٌ مَعَ وُجُودِ الْعَالِمِ الْمُسْتَحِقِّ لِلْقَضَاءِ، لَكِنْ رُخِّصَ فِيمَنْ لَمْ يَبْلُغْ رُتْبَةَ الِاجْتِهَادِ فِي الْعِلْمِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَنْ بَلَغَهَا، وَمَعَ كُلِّ حَالٍ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ عِلْمٌ وَنَبَاهَةٌ وَفَهْمٌ فِيمَا يَتَوَلَّاهُ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ لَهُ أَمْرٌ. اهـ[٣].

وَفِي الشَّارِحِ عَنْ الْإِمَامِ مَالِكٍ ﷺ قَالَ: لَا نَرَى خِصَالَ الْقَضَاءِ تَجْتَمِعُ الْيَوْمَ فِي أَحَدٍ، فَإِذَا اجْتَمَعَ لَهُ مِنْهَا خَصْلَتَانِ وُلِّيَ الْقَضَاءَ الْعِلْمُ وَالْوَرَعُ[٤].

قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ[٥]: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِلْمٌ فَعَقْلٌ وَوَرَعٌ، فَبِالْعَقْلِ يَسْأَلُ وَبِالْوَرَعِ يَقِفُ[٦].

---

(١) التوضيح ٧/ ٣٩٣.

(٢) محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، أبو بكر ابن العربي، قاض، من حفاظ الحديث، ولد في إشبيلية سنة ٤٦٨ هـ، ورحل إلى المشرق، وبرع في الأدب، وبلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين، وصنف كتبًا في الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب والتاريخ، وولي قضاء إشبيلية، ومات بقرب فاس سنة هـ، ودفن بها. من كتبه (العواصم من القواصم) و (عارضة الأحوذي في شرح الترمذي) و (أحكام القرآن) و(القبس في شرح موطأ ابن أنس) و(المسالك على موطأ مالك) و(الإنصاف في مسائل الخلاف) و(أعيان الأعيان) و(المحصول) في أصول الفقه، و(قانون التأويل) في التفسير. انظر: وفيات الأعيان ١/ ٤٨٩، ونفح الطيب ١/ ٣٤٠، والمغرب في حلى المغرب ١/ ٢٤٩، وقضاة الأندلس ١٠٥، وجذوة الاقتباس ١٦٠، والديباج المذهب ٢٨١، والصلة لابن بشكوال ٥٣١، والوافي بالوفيات ٣/ ٣٣٠.

(٣) التوضيح ٧/ ٣٩١.

(٤) البيان والتحصيل ١٧/ ٥٩٠، والذخيرة ١٠/ ١٩، والتاج والإكليل ٦/ ٨٧، ومنح الجليل ٨/ ٢٥٩.

(٥) أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الألبيري القرطبي المالكي، ولد في إلبيرة سنة ١٧٤ هـ، وسكن قرطبة وزار مصر، ثم عاد إلى الأندلس فتوفي بقرطبة سنة ٢٣٨ هـ، له تصانيف كثيرة، منها (حروب الإسلام) و(طبقات الفقهاء والتابعين) و(تفسير موطأ مالك) و(الواضحة) في السنن والفقه، و(الفرائض). انظر: تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي ١/ ٢٢٥، والديباج المذهب ١٥٤، وبغية الملتمس ٣٦٤، وميزان الاعتدال ٢/ ١٤٨، ولسان الميزان ٤/ ٥٩، ونفح الطيب ١/ ٣٣١.

(٦) البيان والتحصيل ١٧/ ٥٩٠، والذخيرة ١٠/ ١٩، والتاج والإكليل ٦/ ٨٧.

الثَّالِثُ: الْوَرَعُ، وَهُوَ تَرْكُ الشُّبُهَاتِ وَالتَّوَقُّفُ فِي الْأُمُورِ وَالتَّثَبُّتُ فِيهَا.

الرَّابعُ: عَلَى مَا ذَكَرَ النَّاظِمُ كَوْنُهُ جَامِعًا لِلْفِقْهِ وَالْحَدِيثِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمَا اقْتَضَاهُ الْمَنْقُولُ عَنْ مُطَرِّفٍ(١) وَابْنِ الْمَاجِشُونِ(٢) وَأَصْبَغَ(٣) فِي قَوْلِهِمْ: لَا يُوَلَّى الْيَوْمَ الْقَضَاءَ صَاحِبُ رَأْيٍ لَا حَدِيثَ عِنْدَهُ، وَلَا صَاحِبُ حَدِيثٍ لَا فِقْهَ عِنْدَهُ. فَإِنَّمَا يَعْنِي بِهَذَا أَنْ يَكُونَ لِلْقَاضِي مِنَ الاتِّصَافِ بِالْعِلْمِ وَالْمُشَارَكَةِ فِي الْفِقْهِ وَالْحَدِيثِ مَا يَتَهَيَّأُ لَهُ النَّظَرُ بِهِ فِي النَّوَازِلِ، وَالْبَحْثُ عَنِ الدَّلَائِلِ وَالتَّرْجِيحُ عِنْدَ وُقُوعِ الْخِلَافِ وَالِاخْتِيَارُ عِنْدَ تَعَارُضِ الْأَقْوَالِ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) زَادَ ابْنُ الْحَاجِبِ فِي الشُّرُوطِ الْمُسْتَحَبَّةِ: كَوْنُهُ غَنِيًّا لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، بَلَدِيًّا مُعَرَّفَ النَّسَبِ، غَيْرَ مَحْدُودٍ، حَلِيمًا، مُسْتَشِيرًا، لَا يُبَالِي لَوْمَةَ لَائِمٍ، سَلِيمًا مِنْ بِطَانَةِ السُّوءِ، غَيْرَ زَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ(٤).

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: أُسْتُحِبَّ الْغَنِيُّ؛ لِأَنَّ الْفَقِيرَ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى غَيْرِهِ وَمَقَالَةُ السُّوءِ تَكْثُرُ فِيهِ بِخِلَافِ الْغَنِيِّ.

---

(١) أبو عبد الله مطرف بن عبد الله بن مطرف، مولى ميمونة أم المؤمنين زوج النبي ﷺ ورضي الله عنها، كان جد أبيه سليمان مشهورًا مقدمًا في العلم والفقه، وكان هو وإخوته عطاء وعبد الله وعبد الملك بنو يسار مكاتبين لميمونة أم المؤمنين رضي الله عنها، أخذ عن جميعهم العلم، ومطرف هو بن أخت مالك بن أنس الإمام وكان أصم، روى عن مالك وغيره، وقال ابن حنبل عنه: كانوا يقدمونه على أصحاب مالك. صحب مالكًا سبع عشرة سنة. مات سنة ٢٢٠هـ. انظر: ترتيب المدارك ١/ ٣٥٨، وطبقات الفقهاء ١/ ١٤٧.

(٢) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي بالولاء، أبو مروان ابن الماجشون، فقيه مالكي فصيح، دارت عليه الفتيا في زمانه، وعلى أبيه قبله، قال الباجي: والماجشون المورد بالفارسية. قال الدار قطني: سمي بذلك لحمرة في وجهه، وكان ضرير البصر ويقال: عمي آخر عمره، وكان مولعًا بسماع الغناء في إقامته وارتحاله. توفي ٢١٢ هـ. انظر: ترتيب المدارك ١/١٢٨، وميزان الاعتدال ٢/ ١٥٠، والانتقاء ٥٧، ووفيات الأعيان ١/ ٢٨٧.

(٣) أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع الأموي المصري المالكي، مولده بعد ١٥٠ هـ، فقيه من كبار المالكية بمصر، قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل أصبغ. وله تصانيف منها (الأصول) و(تفسير غريب الموطأ) و(كتاب آداب القضاء) توفي لأربع بقين من شوال سنة ٢٢٥ هـ. انظر: التاريخ الكبير ٢/ ٣٦، وترتيب المدارك ٢/ ٥٦١، ووفيات الأعيان ١/ ٢٤٠، وتذهيب التهذيب ١/ ٧١، وتذكرة الحفاظ ٢/ ٤٥٧، والديباج المذهب ١/ ٢٩٩، وتهذيب التهذيب ١/ ٣٦١، وشذرات الذهب ٢ / ٥٦، وسير أعلام النبلاء ١٠/ ٦٥٦.

(٤) جامع الأمهات ص ٤٦٠.

ابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ: وَالظَّاهِرُ الاكْتِفَاءُ بِالْغِنَى عَنْ عَدَمِ الدَّيْنِ(١).

وَاسْتُحِبَّ كَوْنُهُ (بَلَدِيًّا) لِيَعْرِفَ النَّاسَ وَالشُّهُودَ وَالْمَقْبُولِينَ مِنْ الشُّهُودِ وَغَيْرِهِمْ.

ابْنُ رُشْدٍ وَابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ: وَالْوُلاَةُ الآنَ يُرَجِّحُونَ غَيْرَ الْبَلَدِ؛ إذْ لَا يَخْلُو الْبَلَدِيُّ مِنْ أَعْدَاءٍ، وَالْغَالِبُ وُجُودُ الْمُنَافَسَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ بَلَدِهِ(٢).

وَكَوْنُهُ (مَعْرُوفَ النَّسَبِ)؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يُعْرَفُ أَبُوهُ مِنْ وَلَدِ لِعَانٍ أَوْ زِنًا يُطْعَنُ فِيهِ، فَلاَ يَكُونُ لَهُ فِي نُفُوسِ النَّاسِ كَبِيرُ هَيْبَةٍ.

وَكَوْنُهُ (غَيْرَ مَحْدُودٍ) أَيْ: فِي زِنًا وَلَا غَيْرِهِ.

وَكَوْنُهُ (حَلِيمًا) أَيْ: عَلَى الْخُصُومِ أَلَّا تُنْتَهَكَ حُرْمَةُ الشَّرْعِ، فَيَكُونَ انْتِصَارُهُ لِغَيْرِهِ، وَبِذَلِكَ تَتِمُّ مَهَابَتُهُ الَّتِي هِيَ إحْدَى صِفَاتِ الْكَمَالِ.

وَكَوْنُهُ (مُسْتَشِيرًا) أَيْ: لِأُولِي الْعِلْمِ؛ لِأَنَّهُ أَعْوَنُ لَهُ لِحُصُولِ الصَّوَابِ.

وَقَوْلُهُ: (لَا يُبَالِي لَوْمَةَ لَائِمٍ) الظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا رَاجِعٌ إلَى الْوَصْفِ الْأَوَّلِ أَيْ الْعَدَالَةِ؛ لِأَنَّ الْخَوْفَ مِنْ لَوْمَةِ اللاَّئِمِ رَاجِعٌ إلَى الْفِسْقِ.

وَكَوْنُهُ (سَلِيمًا مِنْ بِطَانَةِ السُّوءِ) لِأَنَّ السَّلاَمَةَ مِنْهَا رَأْسُ كُلِّ خَيْرٍ، وَكَثِيرًا مَا يُؤْتَى عَلَى أَهْلِ الْخَيْرِ مِنْ جِهَةِ قُرَنَائِهِمْ السَّوْءِ.

وَكَوْنُهُ (غَيْرَ زَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ) قِيلَ لِأَنَّ ذَلِكَ يَحْمِلُهُ عَلَى الْحُكْمِ بِالْفِرَاسَةِ وَتَعْطِيلِ الطُّرُقِ الشَّرْعِيَّةِ مِنْ الْبَيِّنَةِ وَالْأَيْمَانِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَقَدْ عَزَلَ عُمَرُ زِيَادًا لِذَلِكَ(٣).

التَّوْضِيحُ: وَيُقَالُ: إنَّ عُمَرَ قَالَ لِزِيَادٍ لَمَّا عَزَلَهُ: كَرِهْت أَنْ أَحْمِلَ النَّاسَ عَلَى فَضْلِ عَقْلِك(٤).

وَحَيْثُ لَاقَ لِلْقَضَاءِ يَقْعُدُ   وَفِي الْبِلاَدِ يُسْتَحَبُّ الْمَسْجِدُ

---

(١) التوضيح ٧/ ٣٩٤.

(٢) التوضيح ٧/ ٣٩٤.

(٣) جامع الأمهات ص ٤٦٠.

(٤) التوضيح ٧/ ٣٩٥، وزاد في لب اللباب: «أن يكون غير مخدوع، ذا نزاهة، عليًّا عن الخصوم، مُسْتَخِفًا بالأئمة؛ أي غير هيوب لهم، ذا رحمة ونصيحة، كثير التحوز من الحيل، عالمًا بالعربية واختلاف معاني العبارات، بعيدًا عن السهو». توضيح الأحكام للتوزري ١/ ٢٠.

يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِيَ يَجْلِسُ لِلْقَضَاءِ وَالْفَصْلِ بَيْنَ الْخُصُومِ حَيْثُ يَلِيقُ ذَلِكَ وَيَصْلُحُ لَهُ، كَانَ فِي بَادِيَةٍ أَوْ حَاضِرَةٍ، فَإِنْ كَانَ فِي حَاضِرَةٍ أُسْتُحِبَّ جُلُوسُهُ فِي المَسْجِدِ.

قَالَ الشَّارِحُ: نَقَلَ اللَّخْمِيُّ(١) عَنْ أَشْهَبَ(٢) أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بِجُلُوسِهِ فِي مَنْزِلِهِ أَوْ حَيْثُ أَحَبَّ، وَفِي الْبِلَادِ أُسْتُحِبَّ لَهُ الْقُعُودُ فِي المَسْجِدِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ(٣) عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: قَضَاءُ الْقَاضِي فِي المَسْجِدِ مِنَ الْأَمْرِ الْقَدِيمِ، وَإِذَا جَلَسَ فِيهِ رَضِيَ بِالدُّونِ مِنَ المَجْلِسِ، وَوَصَلَ إِلَيْهِ الضَّعِيفُ وَالضَّعِيفَةُ. اهـ.

المُدَوَّنَةُ: قَالَ مَالِكٌ: الْقَضَاءُ فِي المَسْجِدِ مِنْ الْحَقِّ، وَهُوَ مِنْ الْأَمْرِ الْقَدِيمِ؛ لِأَنَّهُ يَرْضَى فِيهِ بِالدُّونِ مِنَ المَجْلِسِ، وَتَصِلُ إِلَيْهِ المَرْأَةُ وَالضَّعِيفُ(٤).

وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ: يَجْلِسُ بِرِحَابِ المَسْجِدِ، وَهَذَا أَحْسَنُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ رَفْعَ أَصْوَاتِكُمْ وَخُصُومَاتِكُمْ»(٥). اهـ. مِنْ المَوَّاقِ(٦).

وَفِي المُقَرِّبِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَضْرِبَ فِي المَسْجِدِ الْأَسْوَاطَ الْيَسِيرَةَ(٧).

(١) أبو الحسن علي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي، فقيه مالكي، له معرفة بالأدب والحديث، قيرواني الأصل، نزل سفاقس وتوفي بها، صنف كتبًا مفيدة، من أحسنها تعليق كبير على المدونة في فقه المالكية، سماه (التبصرة)، توفي ٤٧٨ هـ. انظر: ترتيب المدارك ٤/٧٩٧، وشجرة النور ١١٧، والديباج المذهب ص ٢٠٣.

(٢) أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، فقيه الديار المصرية في عصره، ولد سنة ١٤٥هـ، كان صاحب الإمام مالك، قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه. قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له، مات بمصر سنة ٢٠٤ هـ. انظر: تهذيب التهذيب ١/٣٥٩، ووفيات الأعيان ١/ ٧٨، والانتقاء ٥١ و ١١٢، وترتيب المدارك ١/ ١٦١، وسير أعلام النبلاء ٩/ ٥٠٠.

(٣) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، ويعرف بابن القاسم، فقيه، جمع بين الزهد والعلم، وتفقه بالإمام مالك ونظرائه، كان مولده سنة ١٣٢ هـ، ووفاته بمصر سنة ١٩١ هـ. ومن كتبه (المدونة) وهي من أجلّ كتب المالكية رواها عن الإمام مالك. انظر: وفيات الأعيان ١: ٢٧٦، والانتقاء ٥٠، وحسن المحاضرة ١/ ١٢١، والديباج المذهب ص ١٤٦، وترتيب المدارك ٢/ ٤٣٣.

(٤) المدونة ٤/ ١٣.

(٥) سنن ابن ماجه (كتاب: المساجد والجماعات/باب: ما يكره في المساجد/حديث رقم: ٧٥٠).

(٦) التاج والإكليل ٦/ ١١٤، ومنح الجليل ٨/ ٢٨٧، والمواق هو: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله، المواق، فقيه مالكي، كان عالم غرناطة وإمامها وصالحها في وقته، له (التاج والإكليل) في شرح مختصر خليل، و(سنن المهتدين في مقامات الدين). انظر: نيل الابتهاج ص ٣٢٤، وشجرة النور ٢٦٢، والضوء اللامع ١٠/ ٩٨.

(٧) المدونة ٤/ ١٣، وقال: وأما الحدود وما أشبهها فلا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمِمَّا يَلْحَقُ بِذَلِكَ مَحَلُّ سُكْنَاهُ مِنَ المِصْرِ.

وَنَقَلَ اللَّخْمِيُّ عَنِ ابْنِ شَعْبَانَ: مِنَ الْعَدْلِ كَوْنُ مَنْزِلِ الْقَاضِي بِوَسَطِ مِصْرِهِ[١].

قَالَ الشَّارِحُ: وَمِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْبَيْتِ أُمُورٌ:

أَحَدُهَا: فِي كَيْفِيَّةِ جُلُوسِهِ إِذَا جَلَسَ فِي المَسْجِدِ أَوْ غَيْرِهِ، وَالْمُسْتَحْسَنُ لِأَهْلِ الْعِلْمِ فِي كَيْفِيَّةِ جُلُوسِهِ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ[٢]. قَالَهُ ابْنُ شَعْبَانَ، وَأَنْ يَكُونَ مُرَبِّعًا أَوْ مُحْتَبِيًا. قَالَهُ المُتَيْطِيُّ[٣].

وَرَوَى ابْنُ المَوَّازِ[٤]: لَا بَأْسَ أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي وَهُوَ مُتَّكِئٌ، وَيُلْحَقُ بِذَلِكَ قُعُودُ الْخَصْمَيْنِ عِنْدَهُ، وَالَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُجْلِسَهُمَا بَيْنَ يَدَيْهِ، كَانَا قَوِيَّيْنِ أَوْ ضَعِيفَيْنِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَوِيٌّ وَالْآخَرُ ضَعِيفٌ، وَالمَشْهُورُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ فِي التَّقْرِيبِ فِي المَجْلِسِ.

ثَانِيهَا: وَقْتُ قُعُودِهِ، وَالصَّوَابُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ فِي أَوْقَاتٍ مَعْلُومَةٍ، وَلَا يَسْتَغْرِقُ الْجُلُوسُ لِلْحُكْمِ أَوْقَاتِهِ كُلَّهَا حَتَّى يَكُونَ كَالمُسْتَأْجَرِ.

---

(١) منح الجليل ٨/٢٨٨، والذخيرة ١٠/٦٠، وذلك ليصل الناس إليه من جميع الأطراف بغير كلفة، ويكون مجلسه مستقبل القبلة، وفي موضع جلوسه ثلاثة أقوال: ففي المدونه المسجد، وعنه الرحاب الخارجة، ونقل جميع ما تقدم التونسي، قال اللخمي: والرحاب أحسن؛ لأن المسجد ينزه عن الخصومات وغيرها. قال صاحب المنتقى: المستحب الرحاب الخارجة عن المسجد. قال أشهب: يقضي حيث جماعة الناس. وقال غيره: إلا أن يدخل عليه في ذلك ضرر من كثرة الناس، حتى يشغله ذلك عن النظر والفهم، فليكن له موضع في المسجد يحول بينه وبينهم. واتخذ سحنون بيتًا في المسجد يقعد فيه الناس. ولا يقضي في طريق ممره إلا أن يعرض لمن استغاث به فيه، فيأمر فيه وينهي من غير فصل حكم. قاله مطرف وعبد الملك. وعن أشهب: يقضي وهو يمشي إذا لم يشغله ذلك، كما يقضي وهو متكيء. قال صاحب المقدمات: ويستحب جلوسه بالرحاب الخارجة عنه. فوافق الباجي ولم يحك خلافًا، وكلام الباجي وابن رشد هذا دليل على أنهم فهموا أن المشهور ما قالوه ويعضده قوله: كان مَن أدركت من القضاة لا يجلسون إلا في الرحبات. فدل أن العمل ذلك والعمل عنده مقدم.

(٢) الذخيرة ١٠/٦٠، وحلي المعاصم ١/٢٥.

(٣) منح الجليل ٨/٣٠٠، والمتيطي هو: أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم بن محمد الأنصاري المالكي، المعروف بالمتيطي، فقيه، وتوفي سنة ٥٧٠ هـ. انظر: معجم المؤلفين ٧/١٢٩، والابتهاج ص٣١٤، والضوء اللامع ٥/٢٤٤.

(٤) أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندري المالكي، المعروف بابن المواز، انتهت إليه رئاسة المذهب والمعرفة بدقيقه وجليله، من كتبه (الموازية) في فقه المالكية، ولد عام ١٨٠ هـ، وتوفي عام ٢٦٩ هـ، وقيل: ٢٨١هـ. انظر: ترتيب المدارك ١/٢٩٦، والوافي بالوفيات ١/٣٣٥، والديباج المذهب ٢/١٦٦، وشذرات الذهب ٢/١٧٧، وسير أعلام النبلاء ١٣/٦.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ: قَالُوا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَجْعَلَ لِجُلُوسِهِ سَاعَةً يَعْرِفُهَا النَّاسُ فَيَأْتُونَهُ فِيهَا.

وَحَكَى ابْنُ يُونُسَ[١] عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ المَاجِشُونِ: وَلَا يَجْلِسُ لِلْقَضَاءِ بَيْنَ المَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ وَلَا بِالْأَسْحَارِ، مَا عَلِمْنَا مَنْ فَعَلَهُ إِلَّا لِأَمْرٍ يَحْدُثُ بِتِلْكَ الْأَوْقَاتِ، فَلاَ بَأْسَ أَنْ يَأْمُرَ فِيهَا وَيَنْهَى وَيُرْسِلَ الشُّرْطِيَّ أَمَّا الْحُكْمُ فَلاَ[٢].

وَكَذَلِكَ الْجُلُوسُ فِي أَيَّامِ الْعِيدِ وَعِنْدَ خُرُوجِ الْحَاجِّ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَوْقَاتِ الَّتِي عَلَى النَّاسِ فِيهَا تَضْيِيقٌ.

ثَالِثُهَا: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى حَالَةِ الاعْتِدَالِ، وَلَا يَكُونُ عَلَى حَالَةٍ تُشَوِّشُ فَهْمَهُ مِنْ غَضَبٍ وَنَحْوِهِ، كَالْجُوعِ وَالْعَطَشِ الْمُفْرِطَيْنِ، وَالنَّوْمِ وَالْكَسَلِ وَالْحُزْنِ وَالْجَزَعِ.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ: مَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَتَضَاحَكَ مَعَ النَّاسِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تَكُونَ فِيهِ عَبُوسَةٌ مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ، وَأَنْ يَلْزَمَ التَّوَاضُعَ وَالنُّسُكَ فِي غَيْرِ وَهَنٍ وَلَا ضَعْفٍ، وَلَا تَرْكِ شَيْءٍ مِنَ الْحَقِّ[٣].

رَابِعُهَا: أَنْ يَجْتَنِبَ كُلَّ مَا فِيهِ إِخْلَالٌ بِالمَرْتَبَةِ وَإِنْ كَانَ مُبَاحًا فِي أَصْلِهِ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِنَفْسِهِ فِي مَجْلِسِ قَضَائِهِ إِلَّا مَا خَفَّ، وَعَنْ طَلَبِ الْعَوَارِيِّ، وَالْتِمَاسِ الْحَوَائِجِ، وَقَبُولِ الْهَدَايَا مِنْ أَحَدٍ، وَعَنْ إِجَابَةِ الدَّعْوَةِ إِلَّا لِلْوَلِيمَةِ وَحْدَهَا، لِمَا جَاءَ فِي ذَلِكَ مِنَ الْحَدِيثِ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَكَلَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، وَلَهُ عِيَادَةُ المَرْضَى، وَشُهُودُ الْجَنَائِزِ، وَالتَّسْلِيمُ عَلَى النَّاسِ، وَالرَّدُّ عَلَيْهِمْ إِذَا بَدَءُوهُ، وَيَتَأَكَّدُ عَلَيْهِ أَنْ يَعْتَمِدَ عَلَى مَنْ يَثِقُ بِهِ فِي إِخْبَارِهِ بِأَحْوَالِهِ وَتَعْرِيفِهِ بِسِيرَتِهِ؛ لِيَجْتَنِبَ بِذَلِكَ مَا يَنْبَغِي اجْتِنَابُهُ. اهـ. مِنَ الشَّارِحِ لَكِنْ بِاخْتِصَارٍ. ثُمَّ قَالَ:

---

(١) محمد بن عبد الله بن يونس التميمي، الصقلي (أبو بكر) فقيه، فرضي، وكان ملازمًا للجهاد، توفي في عشر بقين من ربيع الأول ٤٥١ هـ، من آثاره: كتاب في الفرائض، وكتاب جامع للمدونة. انظر: المدارك ٢/ ٨٠٠، ومعجم المؤلفين ١٠/ ٢٥٢.

(٢) منح الجليل ٨/ ٢٨٩.

(٣) مواهب الجليل ٨/ ١٠٤، والذخيرة ١٠/ ٨٢.

فصل في معرفة أركان القضاء

تَمْيِيزُ حَالِ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ جُمْلَةَ الْقَضَاءِ جَمَعَا

فَالْمُدَّعِي مَنْ قَوْلُهُ مُجَرَّدُ مِنْ أَصْلٍ أَوْ عُرْفٍ بِصِدْقٍ يَشْهَدُ

وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ قَدْ عَضَدَا مَقَالَهُ عُرْفٌ أَوْ أَصْلٌ شَهِدَا

الْأَرْكَانُ جَمْعُ رُكْنٍ، وَهِيَ أَجْزَاءُ الْمَاهِيَّةِ الَّتِي تَخْتَلُّ بِاخْتِلَالِ بَعْضِهَا، وَالْقَضَاءُ الْحُكْمُ وَالْفَصْلُ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمَيْنِ، وَأَرْكَانُهُ عَلَى مَا ذَكَرَ النَّاظِمُ ثَلَاثَةٌ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَالدَّعْوَى، وَقَدْ ذَكَرَ فِي التَّرْجَمَةِ الثَّلَاثَةَ الْمَذْكُورَةَ، وَمَا يُطْلَبُ بِهِ كُلٌّ مِنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَمَحَلَّ الْحُكْمِ إِذَا كَانَ كُلٌّ مِنَ الْمُتَخَاصِمَيْنِ فِي بَلَدٍ، وَمَنْ يُقَدَّمُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الْخُصُومِ، وَمَنْ يُقَدَّمُ بِالْكَلَامِ مِنَ الْمُتَخَاصِمَيْنِ، وَحُكْمُ مَا إِذَا جَهِلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنَ الْمُدَّعِي مُقَدِّمًا جَمِيعَ ذَلِكَ بِفَذْلَكَةٍ قَرِيبَةٍ، وَهِيَ أَنَّ تَمْيِيزَ الْقَاضِي بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ، عَلَيْهِ يُبْنَى جَمِيعُ مَسَائِلِ الْقَضَاءِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمَاهِيَّةَ إِذَا عُرِفَتْ أَرْكَانُهَا عَلَى التَّفْصِيلِ فَقَدْ عُرِفَتْ حَقِيقَتُهَا.

وَالْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ رُكْنَانِ، فَإِذَا تَمَيَّزَ لِلْقَاضِي كُلٌّ مِنْهُمَا مَعَ مَعْرِفَتِهِ بِالدَّعْوَى، فَقَدْ عَرَفَ الطَّالِبَ مِنَ الْمَطْلُوبِ، وَمَنْ يُطَالَبُ بِالْبَيِّنَةِ[١] أَوْ بِالْيَمِينِ، وَالدَّعْوَى الَّتِي يُطَالَبُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِجَوَابِهَا، وَغَيْرُهَا إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ. قَالُوا: وَذَلِكَ كَالطَّبِيبِ وَالْمَرِيضِ، فَإِنَّ الطَّبِيبَ إِذَا عَرَفَ عِلَّةَ الْمَرِيضِ سَهُلَ عَلَيْهِ مَعْرِفَةُ الدَّوَاءِ الْمُوَافِقِ لِذَلِكَ الْمَرَضِ، وَإِذَا جَهِلَ الْعِلَّةَ لَا يَهْتَدِي إِلَى دَوَاءٍ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ: مَنْ عَرَفَ الْمُدَّعِيَ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَقَدْ عَرَفَ وَجْهَ الْقَضَاءِ[٢]. وَهَذَا هُوَ الَّذِي عِنْدَ النَّاظِمِ فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

---

(١) البينة: هو كل ما يميز الحق ويُظهره، وسواء كانت تامة كعدلين أو ناقصة كعدل واحد، حسيًّا كان او معنويًّا كالعرف أو امرأتين في بابهن، والصبيان فيما يقع بينهم من قتل أو جرح. وقد أنهى القرافي البينات إلى سبعة عشر حجة ذكرها في الفروق في الفرق الثامن والثلاثين والمائتين ٤/١٨٩، وهم: الشاهدان، الشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين والمرأتان، واليمين والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينًا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا، ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط الحيطان، وشواهدها، واليد. فهذه هي الحجاج التي يقضي بها الحاكم.

(٢) البيان والتحصيل ١٢/٧٩.

فَقَوْلُهُ: «تَمْيِيزُ حَالٍ». مُرَادُهُ تَمْيِيزُ الْمُدَّعِي مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَفْظَةُ «حَالٍ» مَقْحَمَةٌ، وَلَعَلَّ وَجْهَ الْإِتْيَانِ بِهَا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا يَحْصُلُ بِالنَّظَرِ لِحَالِهِمَا مِنْ كَوْنِ أَحَدِهِمَا دَاعِيًا وَالْآخَرُ مَدْعُوًّا، أَوْ طَالِبًا وَالْآخَرُ مَطْلُوبًا، أَتَى بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ إِشَارَةً إِلَى ذَلِكَ، وَأَيْضًا فَإِنَّ مَنْ مُيِّزَ حَالُهُ وَوَصْفُهُ فَقَدْ مُيِّزَ وَعُرِفَ.

«وَتَمْيِيزٌ» مُبْتَدَأٌ، وَجُمْلَةُ «جَمعَ جُمْلَةَ الْقَضَاءِ» خَبَرُهُ، وَفَاعِلُ «جَمعَ» ضَمِيرُ تَمْيِيزٍ، وَهُوَ الرَّابِطُ لِجُمْلَةِ الْخَبَرِ بِالْمُبْتَدَأِ، وَالْقَضَاءُ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ؛ أَيْ جُمْلَةُ أَحْكَامِ الْقَضَاءِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي بَيَانِهَا فَقَالَ: «فَالْمُدَّعِي مِنْ قَوْلِهِ مُجَرَّدٌ...» الْبَيْتَيْنِ. يَعْنِي أَنَّ الْمُدَّعِيَ هُوَ الَّذِي تَجَرَّدَ قَوْلُهُ عَنْ أَصْلٍ أَوْ عُرْفٍ شُهِدَ لَهُ بِصِدْقِهِ، بِمَعْنَى أَنَّ دَعْوَاهُ مُخَالِفَةٌ لِلْأَصْلِ وَالْعُرْفِ مَعًا، فَلَمْ يُوَافِقْهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ قَدْ عَضَّدَ قَوْلَهُ أَيْ قَوَّاهُ، إِمَّا أَصْلٌ أَوْ عُرْفٌ فَأَحَدُهُمَا كَافٍ.

فَمِثَالُ شَهَادَةِ الْأَصْلِ: مَنْ ادَّعَى دَيْنًا قِبَلَ رَجُلٍ فَأَنْكَرَهُ وَادَّعَى بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ، أَوْ ادَّعَى مِلْكِيَّةَ شَخْصٍ لَيْسَ فِي حَوْزِهِ فَأَنْكَرَهُ وَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ، فَالْمُدَّعِي لِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ وَلِلْحُرِّيَّةِ مُدَّعًى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ وَالْأَصْلُ الْحُرِّيَّةُ، وَمَنْ شَهِدَ لَهُ الْأَصْلُ فَهُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَمُدَّعِي عِمَارَةِ ذِمَّةِ غَيْرِهِ، وَمِلْكِيَّةِ مَنْ لَيْسَ تَحْتَ يَدِهِ مُدَّعٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ عُرْفٌ وَلَا أَصْلٌ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَعْوَاهُ وَإِلَّا حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَبَرِئَ.

وَمِثَالُ شَهَادَةِ الْعُرْفِ: اخْتِلَافُ الزَّوْجَيْنِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ، فَإِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ دُونَ الرِّجَالِ وَادَّعَاهُ الرَّجُلُ، فَهِيَ مُدَّعًى عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ يَشْهَدُ لَهَا، وَالزَّوْجُ مُدَّعٍ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ عُرْفٌ، وَكَذَلِكَ مَنْ ادَّعَى الْأَشْبَهَ فِي مَسَائِلِ النِّزَاعِ فَإِنَّهُ مُدَّعًى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ يَشْهَدُ بِصِدْقِهِ وَعَلَى هَذَا فَقِسْ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو عَبْدِ اللهِ الْمَقْرِي[1] فِي كُلِّيَّاتِهِ الْفِقْهِيَّةِ: كُلُّ مَنْ عَضَّدَ قَوْلَهُ عُرْفٌ أَوْ أَصْلٌ فَهُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَكُلُّ مَنْ خَالَفَ قَوْلُهُ أَحَدَهُمَا فَهُوَ مُدَّعٍ، فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَقْوَى

(١) أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، القرشي التلمساني، الشهير بالمقري، باحث من الفقهاء الأدباء المتصوفين، من علماء المالكية، ولد وتعلم بتلمسان عام ٧٢١ هـ، وخرج منها مع المتوكل أبي عنان سنة ٧٤٩ هـ إلى مدينة فاس، فولي القضاء فيها وحمدت سيرته وحج، توفي بها ودفن بتلمسان عام ٧٥٧ هـ. وهو جد المؤرخ صاحب (نفح الطيب). له مصنفات، منها (القواعد الفقهية) و(الحقائق والرقائق). انظر: الإحاطة ٢/ ١٣٦، ونفح الطيب ٣/ ١١٠، ونيل الابتهاج ص ٢٤٩، وإيضاح المكنون ١/ ٤٠٩.

المُتَدَاعِيَيْنِ سَبَبًا وَالمُدَّعِي أَضْعَفُهُمَا. اهـ.

وَهُوَ كَبَيْتَيْ النَّاظِمِ، وَفِي مِثْلِ ذَلِكَ يَقُولُ بَعْضُهُمْ: المُدَّعِي كُلُّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَشْغَلَ ذِمَّةً بَرِيَّةً، أَوْ يُبَرِّئَ ذِمَّةً مَشْغُولَةً، أَوْ ادَّعَى غَيْرَ الْعُرْفِ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ عَكْسُهُ. اهـ.

(وَاعْلَمْ) أَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَالمُدَّعِيَ هُوَ المَقْضِيُّ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ، المَعْدُودِينَ فِي أَرْكَانِ الْقَضَاءِ السِّتِّ عَلَى مَا ذَكَرَ ابْنُ فَرْحُونَ فِي تَبْصِرَتِهِ حَيْثُ قَالَ: وَأَرْكَانُ الْقَضَاءِ سِتَّةٌ: الْقَاضِي، وَالمَقْضِيُّ بِهِ، وَالمَقْضِيُّ لَهُ، وَالمَقْضِيُّ فِيهِ، وَالمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، وَكَيْفِيَّةُ الْقَضَاءِ.

فَالرُّكْنُ الْأَوَّلُ: فِي شُرُوطِ الْقَضَاءِ وَآدَابِ الْقَاضِي وَاسْتِخْلَافِهِ وَذِكْرِ التَّحْكِيمِ، وَفِي الْأَوْصَافِ المُشْتَرَطَةِ فِي صِحَّةِ وِلَايَةِ الْقَضَاءِ وَمَا هُوَ غَيْرُ شَرْطٍ، لَكِنْ عَدَمُهَا يُوجِبُ الْعَزْلَ وَمَا هُوَ مِنْ شُرُوطِ الْكَمَالِ، وَيُسْتَحَبُّ الْعَزْلُ عِنْدَ عَدَمِهَا.

وَفِي الْأَحْكَامِ اللازِمَةِ لِلْقَاضِي فِي سِيرَتِهِ وَالْآدَابِ الَّتِي لَا يَسَعُهُ تَرْكُهَا، وَمَا جَرَى عَمَلُ الحُكَّامِ مِنَ الْأَخْذِ بِهِ، وَفِي سِيرَتِهِ فِي الْأَحْكَامِ: كَأَنْ لَا يَحْكُمَ حَتَّى لَا يَشُكَّ أَنْ قَدْ فَهِمَ، وَيَكْشِفَ عَنْ حَقِيقَةِ الْقَضِيَّةِ فِي الْبَاطِنِ لِيَسْتَعِينَ بِذَلِكَ عَلَى الْوُصُولِ إِلَى الحَقِّ، وَلَا يُفْتِي فِي مَسَائِلِ الْقَضَاءِ، وَيُحْضِرُ الْعُدُولَ فِي مَجْلِسِ قَضَائِهِ لِيَشْهَدُوا عَلَى إِقْرَارِ الخَصْمِ إِنْ أَقَرَّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ، وَيُحْضِرُ أَهْلَ الْعِلْمِ لِلْمُشَاوَرَةِ، وَفِيمَا يَبْتَدِئُ بِالنَّظَرِ فِيهِ كَالنَّظَرِ فِي الشُّهُودِ، وَيَفْحَصُ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، وَالْكَشْفِ عَنِ المَحْبُوسِينَ، وَفِي الْأَوْصِيَاءِ وَأَمْوَالِ الْيَتَامَى، وَفِي سِيرَتِهِ مَعَ الخُصُومِ، كَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا فِي النَّظَرِ وَالتَّكَلُّمِ وَتَلْقِينِ حُجَّةٍ عَمِيَ عَنْهَا، وَتَقْدِيمِ الْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ فِي الخُصُومِ، وَتَقْدِيمِ المُدَّعِي لِيَبْدَأَ بِالْكَلَامِ، وَفِي اسْتِخْلَافِ الْقَاضِي وَالتَّحْكِيمِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الرُّكْنُ الثَّانِي: وَهُوَ المَقْضِيُّ بِهِ، فَهُوَ الحُكْمُ مِنْ كِتَابِ اللهِ ﷻ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَسُنَّةُ نَبِيِّهِ ﷺ الَّتِي صَحِبَهَا عَمَلٌ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِي السُّنَّةِ نَظَرَ فِي أَقْوَالِ الصَّحَابَةِ، فَقَضَى بِمَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ، فَإِنْ اخْتَلَفُوا قَضَى بِمَا صَحِبَهُ الْعَمَلُ أَوْ مَا أُجْمِعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِجْمَاعًا قَضَى بِاجْتِهَادِهِ بَعْدَ مَشُورَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ.

وَأَمَّا الرُّكْنُ الثَّالِثُ: وَهُوَ المَقْضِيُّ لَهُ، فَهُوَ كُلُّ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ، وَفِي حُكْمِهِ لِأَقَارِبِهِ الَّذِينَ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُمْ[١] أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ[٢].

---

(١) كأبيه وابنه وزوجته.

(٢) تبصرة الحكام ١/ ٢٠٥.

وَأَمَّا الرُّكْنُ الرَّابِعُ: وَهُوَ المَقْضِيُّ فِيهِ، فَهُوَ جَمِيعُ الْحُقُوقِ بِخِلاَفِ غَيْرِ الْقَاضِي، فَهُوَ مَقْصُورٌ عَلَى مَا قَدِمَ عَلَيْهِ، وَهُنَا ذَكَرُوا: إِذَا كَانَ المُدَّعَى فِيهِ فِي غَيْرِ بَلَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ(١).

وَأَمَّا الرُّكْنُ الْخَامِسُ: وَهُوَ المَقْضِيُّ عَلَيْهِ، فَهُوَ كُلُّ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ حَقٌّ، إِمَّا بِإِقْرَارِهِ إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ، وَإِمَّا بِالشَّهَادَةِ عَلَيْهِ بَعْدَ الْعَجْزِ عَنْ الدَّفْعِ وَالإِعْذَارِ إِنْ كَانَ مِمَّنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ(٢).

وَأَمَّا الرُّكْنُ السَّادِسُ: وَهُوَ كَيْفِيَّةُ الْقَضَاءِ، وَتَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ بِأَشْيَاءَ، كَمَعْرِفَةِ مَا هُوَ حُكْمٌ وَمَا لَيْسَ بِحُكْمٍ، فَلاَ يُتَعَقَّبُ مَا هُوَ حُكْمٌ وَيُتَعَقَّبُ مَا لَيْسَ بِحُكْمٍ، وَمَعْرِفَةِ مَا يَفْتَقِرُ لِحُكْمِ الْحَاكِمِ وَمَا لاَ يَفْتَقِرُ وَمَا اُخْتُلِفَ فِيهِ، وَفِي أَبْوَابِ الْفِقْهِ الَّتِي يَدْخُلُهَا الْحُكْمُ، وَمَعْرِفَةِ الْفَرْقِ بَيْنَ أَلْفَاظِ الْحُكْمِ الَّتِي جَرَتْ بِهَا عَادَةُ الْحُكَّامِ فِي التَّسْجِيلاَتِ، وَفِي الْفَرْقِ بَيْنَ الثُّبُوتِ وَالْحُكْمِ، وَفِي تَنْفِيذِهِ حُكْمَ نَفْسِهِ وَحُكْمَ غَيْرِهِ، وَفِيمَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُنَبَّهَ عَلَيْهِ فِيمَا يَشْهَدُ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ فِي التَّسْجِيلاَتِ. مِنْ التَّبْصِرَةِ بِاخْتِصَارٍ كَثِيرٍ(٣).

وَقَوْلُهُ فِي الرُّكْنِ الثَّالِثِ: وَهُوَ المَقْضِيُّ لَهُ وَهُوَ كُلُّ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ. صَوَابُهُ كُلُّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ حَقٌّ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ، وَكَذَا يُشْتَرَطُ فِي المَقْضِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقِيلَ مَنْ يَقُولُ قَدْ كَانَ ادَّعَى ... وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ عَلَيْهِ يُدَّعَى

لَمَّا قَدَّمَ أَنَّ المُدَّعِي مَنْ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ أَصْلٌ وَلَا عُرْفٌ، وَأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ شَهِدَ لَهُ أَحَدُهُمَا، ذَكَرَ هُنَا تَعْرِيفًا آخَرَ: وَهُوَ أَنَّ مَنْ أَثْبَتَ مِنْ المُتَدَاعِيَيْنِ فَقَالَ: كَانَ كَذَا. فَهُوَ المُدَّعِي، وَأَنَّ مَنْ أَنْكَرَ ذَلِكَ وَنَفَاهُ وَقَالَ: لَمْ يَكُنْ. فَهُوَ المُدَّعَى عَلَيْهِ. وَهَذَا التَّعْرِيفُ فِي المُقَدِّمَاتِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ قَالَ: كُلُّ مَنْ قَالَ: كَانَ كَذَا. فَهُوَ مُدَّعٍ، وَكُلُّ مَنْ قَالَ: لَمْ يَكُنْ. فَهُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ. اهـ.

وَهَذَا التَّعْرِيفُ جَارٍ فِي غَالِبِ الصُّوَرِ، وَإِلَّا فَقَدْ يَكُونُ المُثْبِتُ مُدَّعًى عَلَيْهِ وَالنَّافِي

---

(١) تبصرة الحكام ١/٢١٣.

(٢) وبعد يمين الاستبراء إن كان الحق على ميت أو غائب، ويعبر عنها بيمين القضاء. توضيح الأحكام ١/٢١.

(٣) تبصرة الحكام ١/٢٣٢، زاد في توضيح الأحكام ١/٢٢ أمرًا سابعًا فقال: «ما يدل على القضاء وإن بإشارة أو كتابة أو سكوت ليكون رافعًا للخلاف، فلا يتعقب ولا يحل حرامًا.

مُدَّعِيًا، وَذَلِكَ كَدَعْوَى الْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا الْحَاضِرِ مَعَهَا أَنَّهُ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا وَادَّعَى هُوَ الْإِنْفَاقَ، فَعَلَى التَّعْرِيفِ الْأَوَّلِ الزَّوْجُ مُدَّعًى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ يَشْهَدُ لَهُ، وَالزَّوْجَةُ مُدَّعِيَةٌ؛ إِذْ لَا يَشْهَدُ لَهَا عُرْفٌ(١) وَلَا أَصْلٌ، وَلَا يَجْرِي عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ مُثْبِتٌ وَهُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَالزَّوْجَةُ نَافِيَةٌ وَهِيَ مُدَّعِيَةٌ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ فِي تَعْرِيفِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ: كُلُّ طَالِبٍ فَهُوَ مُدَّعٍ وَكُلُّ مَطْلُوبٍ فَهُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ. وَهَذَا أَيْضًا فِي الْغَالِبِ فَقَطْ، وَقَدْ يَكُونُ الطَّالِبُ مُدَّعًى عَلَيْهِ وَالْمَطْلُوبُ مُدَّعِيًا، وَذَلِكَ كَالْيَتِيمِ إِذَا بَلَغَ وَطَلَبَ مِنْ وَصِيِّهِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ الَّذِي تَحْتَ يَدَيْهِ، فَزَعَمَ الْوَصِيُّ أَنَّهُ دَفَعَهُ لَهُ وَأَنْكَرَ الْيَتِيمُ، فَعَلَى التَّعْرِيفِ الْأَوَّلِ الْوَصِيُّ مُدَّعٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ عُرْفٌ وَلَا أَصْلٌ، وَالْيَتِيمُ مُدَّعًى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ شَهِدَ لَهُ الْأَصْلُ، وَهُوَ وُجُوبُ الْإِشْهَادِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ الْآيَةَ [النساء: ٦].

وَكَذَا عَلَى التَّعْرِيفِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ مُثْبِتٌ وَالْيَتِيمُ نَافٍ، وَلَا يَجْرِي عَلَى الثَّالِثِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ مَطْلُوبٌ وَهُوَ مُدَّعٍ وَالْيَتِيمُ طَالِبٌ وَهُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَهُوَ لَا يُوجَدُ فِي وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ التَّعْرِيفَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ.

وَذَلِكَ كَمَا إِذَا خَلَا الزَّوْجُ بِزَوْجَتِهِ خَلْوَةَ اهْتِدَاءٍ وَادَّعَى عَدَمَ الْمَسِيسِ وَادَّعَتْهُ الزَّوْجَةُ، فَالزَّوْجُ مُدَّعٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ عُرْفٌ وَلَا أَصْلٌ، وَالزَّوْجَةُ مُدَّعًى عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ يَشْهَدُ لَهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً، فَالزَّوْجُ مُدَّعٍ وَهُوَ نَافٍ مَطْلُوبٌ، وَالزَّوْجَةُ مُدَّعًى عَلَيْهَا وَهِيَ مُثْبِتَةٌ طَالِبَةٌ، فَلَمْ يَصْدُقْ عَلَى الْمِثَالِ إِلَّا الْحَدُّ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي وَالثَّالِثِ. وَقَدْ أَشْبَعَ فِي التَّبْصِرَةِ الْكَلَامَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَأَكْثَرَ مِنَ الْأَمْثِلَةِ فَعَلَيْكَ بِهِ.

(تَنْبِيهٌ) هَذَا كُلُّهُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ مَنْ شَهِدَ لَهُ عُرْفٌ أَوْ أَصْلٌ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مُدَّعٍ. قَامَ لَهُ شَاهِدٌ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِبَارَاتِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ فِي تَعْرِيفِ الْمُدَّعِي مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ ذَكَرَ الشَّارِحُ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ قَبْلَ قَوْلِهِ فِيمَا يَأْتِي: وَالْقَوْلُ عَلَى الْمَشْهُورِ قَوْلُ الْمُدَّعِي، الْبَيْتَ.

---

(١) وقد اختلف في العرف هل هو بمنزلة شاهد واحد أو شاهدين؟

وَيَنْبَنِي عَلَى كَوْنِهِ مُدَّعًى عَلَيْهِ، أَنَّ الْيَمِينَ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْأَصَالَةِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»(١). فَيَمِينُهُ يَمِينُ مُنْكِرٍ، أَوْ إِمَّا عَلَى كَوْنِهِ مُدَّعِيًا قَامَ لَهُ شَاهِدٌ فَيَمِينُهُ لِكَمَالِ النِّصَابِ كَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَيَأْتِي لِلنَّظْمِ فِي بَابِ الْيَمِينِ تَقْسِيمُهَا إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ، هَذَانِ اثْنَانِ مِنْهَا؛ أَعْنِي يَمِينَ الْمُنْكِرِ وَالْيَمِينَ مَعَ الشَّاهِدِ.

وَ«مَنْ يَقُولُ» مُبْتَدَأٌ مَوْصُولٌ، صِلَتُهُ جُمْلَةُ «يَقُولُ»، فَلاَ مَحَلَّ لَهَا مِنَ الْإِعْرَابِ، وَفَاعِلُ يَقُولُ يَعُودُ عَلَى «مَنْ» وَهُوَ الرَّابِطُ لِلصِّلَةِ، وَجُمْلَةُ «قَدْ كَانَ» فِي مَحَلِّ نَصْبٍ مَحْكِيَّةٌ لِلْقَوْلِ، وَجُمْلَةُ «ادَّعَى» خَبَرُ مَنْ الْمَوْصُولَةِ.

«وَلَمْ يَكُنْ» مُبْتَدَأٌ؛ أَيْ هَذَا اللَّفْظُ «وَلِمَنْ» خَبَرُهُ، وَمَنْ مَوْصُولَةٌ صِلَتُهَا يُدَّعَى عَلَيْهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَالْمُدَّعَى فِيهِ لَهُ شَرْطَانِ ... تَحَقُّقُ الدَّعْوَى مَعَ الْبَيَانِ

ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَيْتِ الرُّكْنَ الثَّالِثَ مِنْ أَرْكَانِ الْقَضَاءِ وَهُوَ الْمُدَّعَى فِيهِ؛ أَيِ الشَّيْءُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ، وَأَخْبَرَ أَنَّ لَهُ شَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: تَحَقُّقُ الدَّعْوَى، وَهُوَ شَامِلٌ لِتَحَقُّقِ عِمَارَةِ ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، كَأَنْ يَقُولَ لِي عَلَيْهِ مِائَةٌ مَثَلاً، وَاحْتَرَزُوا بِذَلِكَ عَنْ أَنْ يَقُولَ: لِي عَلَيْهِ شَيْءٌ، أَوْ أَتَحَقَّقُ عِمَارَةَ ذِمَّةِ فُلاَنٍ بِشَيْءٍ أَجْهَلُ مَبْلَغَهُ. وَنَحْوَ ذَلِكَ.

الشَّرْطُ الثَّانِي: بَيَانُ السَّبَبِ الَّذِي تَرَتَّبَ لَهُ بِهِ قِبَلَ خَصْمِهِ مَا ادَّعَاهُ، كَأَنْ يَقُولَ بِعْت لَهُ أَوْ سَلَّفْته أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ تَرَتَّبَ مِنْ قِمَارٍ وَنَحْوِهِ مِمَّا لَا عِبْرَةَ بِهِ شَرْعًا، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ الْمُدَّعِي، فَلِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنْ يَسْأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَإِنْ جَهِلَ أَوْ غَفَلَ عَنْهُ، فَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَهُ عَنْهُ؛ لِئَلاَّ يَكُونَ ثَمَنَ مَبِيعٍ غَيْرَ جَائِزٍ كَالْخَمْرِ.

قَالَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ(٢) فِي مُخْتَصَرِهِ: فَيَدَّعِي بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ قَالَ: وَكَذَا شَيْءٌ، وَإِلَّا لَمْ

---

(١) سنن الترمذي (كتاب: الأحكام عن رسول الله/باب: ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه/حديث رقم: ١٣١٤).

(٢) الشيخ خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، فقيه مالكي، من أهل مصر، ولد عام ، سمع من ابن عبد الهادي عبد الغني، وقرأ على الرشيدي في العربية والأصول وعلى الشيخ عبد الله المنوفي في فقه المالكية، وشرع في الأشغال بعد شيخه، وتخرج به جماعة، ثم درس بالشيخونية وأفتى وأفاد، وكان يلبس=

يُسْمَعْ كَأَظُنُّ، وَكَفَاهُ بِعْت وَتَزَوَّجْت وَحُمِلَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِلَّا فَلْيَسْأَلْهُ الْحَاكِمُ عَنِ السَّبَبِ[١]. ثُمَّ قَالَ: وَلِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ السُّؤَالُ عَنِ السَّبَبِ وَقُبِلَ نِسْيَانُهُ بِلاَ يَمِينٍ. اهـ[٢].

فَسُؤَالُ الْحَاكِمِ عَنِ السَّبَبِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا غَفَلَ الْمَطْلُوبُ أَوْ جَهِلَ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ حَارِثٍ[٣]: يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لِلطَّالِبِ: مِنْ أَيْنَ وَجَبَ لَكَ مَا ادَّعَيْتَهُ، فَإِنْ قَالَ: مِنْ سَلَفٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ ضَمَانٍ أَوْ تَعَدٍّ أَوْ شُبْهَةٍ. لَمْ يُكَلَّفْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ يَقُولَ لِلْمَطْلُوبِ: أَجِبْهُ. فَإِنْ أَبَى أَنْ يُجِيبَهُ جَوَابًا مُفَسَّرًا اضْطَرَّهُ إِلَى ذَلِكَ، فَإِنْ قَالَ: دَعْنِي أَتَثَبَّتْ وَأَتَفَكَّرْ. فَمِنْ حَقِّهِ أَنْ يَضْرِبَ لَهُ فِي ذَلِكَ أَجَلاً غَيْرَ بَعِيدٍ. اهـ[٤].

وَيَأْتِي حُكْمُ مَا إِذَا أَجَابَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِإِقْرَارٍ أَوْ إِنْكَارٍ أَوْ لَمْ يُجِبْ رَأْسًا عِنْدَ قَوْلِهِ: وَمَنْ أَبَى إِقْرَارًا أَوْ إِنْكَارًا الْبَيْتَيْنِ.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ: فِي قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: فَيَدَّعِي بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ. لَا يُقَالُ: إِنَّ الْعِلْمَ وَالتَّحْقِيقَ مُتَرَادِفَانِ أَوْ كَالْمُتَرَادِفَيْنِ، فَالْإِتْيَانُ بِقَوْلِ مَعْلُومٍ يُغْنِي عَنْ قَوْلِهِ: مُحَقَّقٍ. لِأَنَّا نَقُولُ: الْمَعْلُومُ رَاجِعٌ إِلَى تَصَوُّرِ الْمُدَّعَى فِيهِ، فَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ مُتَمَيِّزًا فِي ذِهْنِ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَفِي ذِهْنِ الْقَاضِي، وَالْمُحَقَّقُ رَاجِعٌ إِلَى جَزْمِ الْمُدَّعِي بِأَنَّهُ مَالِكٌ لِمَا وَقَعَ النِّزَاعُ فِيهِ، فَهُوَ مِنْ نَوْعِ التَّصْدِيقِ، فَقَدْ رَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ لِمَعْنًى غَيْرِ الَّذِي

=زي الجند، تعلّم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك، ومن كتبه (المختصر) في الفقه يعرف بمختصر خليل وقد شرحه كثيرون، و(التوضيح) شرح فيه مختصر ابن الحاجب، و(المناسك)، وكان والده حنفي، وتوفي في شهر ربيع الأول عام ٧٧٦ هـ وقيل ٧٦٧ هـ والأولى أرجح. انظر: الدرر الكامنة ٢/ ٨٦، وفيه: وفاته سنة ٧٦٧ هـ، ومثله في حسن المحاضرة ١/ ٢٦٢، ومعجم المطبوعات ٨٣٥، وفي الديباج المذهب ١١٥ (توفي بالطاعون سنة ٧٤٩)، ونيل الابتهاج ٩٥.

(١) مختصر خليل ص ٢١٩.

(٢) مختصر خليل ص ٢٢٠.

(٣) محمد بن الحارث بن أسد الخشني القيرواني ثم الأندلسي، أبو عبد الله، مؤرخ من الفقهاء الحفاظ، من أهل القيروان، انتقل إلى قرطبة صغيرًا، فتعلم بها وولي الشورى، وألّف لأمير المؤمنين المستنصر بالله كتبًا كثيرة، قال ابن الفرضي: وكان شاعرًا بليغًا إلا أنه يلحن، وكان مغرى بالكيمياء، واحتاج بعد موت الحكم (المستنصر) إلى أن جلس في حانوت يبيع الأدهان، من كتبه (القضاة بقرطبة) و(أخبار الفقهاء والمحدثين) و(الاتفاق والاختلاف) في مذهب مالك، و(الفتيا) و(النسب) و(تاريخ علماء الأندلس) و(طبقات فقهاء المالكية). انظر: إرشاد الأريب ٦/ ٤٧٢، وبغية الملتمس ٦١، وتاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي ١/ ٤٠٤، وترتيب المدارك ١/ ٤٥٧، ومعجم المؤلفين ٩/ ١٦٨.

(٤) التاج والإكليل ٦/ ١٢٤.

رَجَعَ إِلَيْهِ الْآخَرُ، فَلاشْتِرَاطِ الْعِلْمِ لَا يُسْمَعُ: لِي عَلَيْهِ شَيْءٌ. وَلِاشْتِرَاطِ التَّحْقِيقِ لَا يُسْمَعُ: أَشُكُّ أَنَّ لِي عَلَيْك كَذَا، وَأَظُنُّ، وَمَا أَشْبَهَهُ. اهـ[١].

قَالَ فِي شِفَاءِ الْغَلِيلِ: وَأَصْلُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ لِابْنِ شَاسٍ قَالَ: أَوَّلًا وَالدَّعْوَى الْمَسْمُوعَةُ هِيَ الصَّحِيحَةُ، وَهِيَ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُحَقَّقَةً، فَلَوْ قَالَ: لِي عَلَيْك شَيْءٌ. لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ[٢]. انْظُرْ تَمَامَ كَلَامِهِ إنْ شِئْت.

وَمَسْأَلَةُ مَا إذَا لَمْ تُحَقَّقْ الدَّعْوَى، كَأَظُنُّ أَوْ أَحْسَبُ أَنَّ لِي عَلَيْكَ كَذَا، وَهِيَ مَسْأَلَةُ يَمِينِ التُّهْمَةِ، وَتَوَجُّهُهَا لَهُ عَلَى كُلٍّ وَعَدَمُ تَوَجُّهِهَا. ثَالِثُهَا عَلَى الْمُتَّهَمِ دُونَ غَيْرِهِ، وَرَابِعُهَا إنْ قَوِيَتْ التُّهْمَةُ أَقْوَالٌ، وَإِذَا لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى إذَا اخْتَلَّ أَحَدُ الْوَصْفَيْنِ، أَمَّا التَّحَقُّقُ عَلَى قَوْلِ مَنْ لَا يُوجِبُ يَمِينَ التُّهْمَةِ، أَوْ عَلِمَ الْمُدَّعَى فِيهِ، فَأَحْرَى أَنْ لَا تُسْمَعَ إذَا اخْتَلاَّ مَعًا، كَقَوْلِهِ: أَظُنُّ أَنَّ لِي عَلَيْهِ شَيْئًا.

(تَنْبِيهَاتٌ): الْأَوَّلُ: قَوْلُ النَّاظِمِ: «تَحَقُّقُ الدَّعْوَى مَعَ الْبَيَانِ» يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالتَّحَقُّقِ أَمْرَيْنِ: تَحَقُّقُ عِمَارَةِ ذِمَّةِ الْمَطْلُوبِ، وَمَعْرِفَةُ الْمُدَّعَى فِيهِ، وَبِالْبَيَانِ بَيَانَ السَّبَبِ الَّذِي مِنْ أَجْلِهِ تَرَتَّبَ الْحَقُّ، وَعَلَى هَذَا قَرَّرْنَاهُ أَوَّلًا، وَهُوَ ظَاهِرُ تَقْرِيرِ الشَّارِحِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالتَّحَقُّقِ أَمْرًا وَاحِدًا، وَهُوَ الْجَزْمُ بِعِمَارَةِ ذِمَّةِ الْمَطْلُوبِ فَقَطْ، وَبِالْبَيَانِ أَمْرَيْنِ: بَيَانَ مَعْرِفَةِ الْمُدَّعَى فِيهِ إذْ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ وَكَشْفِهِ عَنْ حَقِيقَتِهِ، وَبَيَانَ السَّبَبِ الَّذِي مِنْ أَجْلِهِ تَرَتَّبَ الْحَقُّ، وَالْكُلُّ صَحِيحٌ مَعْنًى، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الثَّانِي: اعْلَمْ أَنَّ كُلَّ مَا ذَكَرَهُ النَّاظِمُ فِي هَذَا الْبَيْتِ ذَكَرَهُ ابْنُ فَرْحُونٍ فِي بَيَانِ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ مِنْ غَيْرِهَا، وَزَادَ ثَلَاثَةَ شُرُوطٍ فَمَجْمُوعُهَا خَمْسَةُ شُرُوطٍ، وَلَفْظُهُ فِي شَرْطِ الدَّعْوَى، وَلِلدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ خَمْسَةُ شُرُوطٍ:

الْأَوَّلُ: أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً، فَلَوْ قَالَ: لِي عَلَيْهِ شَيْءٌ. لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ؛ لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ. اهـ.

قُلْت: وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ فِي شَرْحِ الْبَيْتِ.

ثُمَّ قَالَ: الشَّرْطُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مِمَّا لَوْ أَقَرَّ بِهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَزِمَتْهُ، فَإِنَّهُ لَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ هِبَةً، وَقُلْنَا: إنَّ الْهِبَةَ تَلْزَمُ بِالْقَوْلِ. فَيُلْزَمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْجَوَابِ بِإِقْرَارٍ أَوْ إنْكَارٍ، وَإِنْ قُلْنَا: بِالْقَوْلِ الْمُخَالِفِ الشَّاذِّ عِنْدَنَا أَنَّ الْهِبَةَ لَا تَلْزَمُ بِالْقَوْلِ وَلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ٢١/ ٢٩٠.

(٢) منح الجليل ٨/ ٣٠٩، والتاج والإكليل ٦/ ١٢٤.

عَنْهَا مَا لَمْ تُقْبَضْ، فَإِنَّ بَعْضَ النَّاسِ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْجَوَابَ فِيهِ لَا يَلْزَمُ؛ لِأَنَّ الْمَسْئُولَ عَنْ هَذَا لَوْ أَقَرَّ بِذَلِكَ وَقَالَ: رَجَعْت عَنْهُ. فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مُطَالَبَتُهُ بِشَيْءٍ، وَلَا فَائِدَةَ فِي إِلْزَامِهِ مَا لَوْ أَقَرَّ بِهِ، لَا يَلْزَمُهُ إِذَا رَجَعَ عَنْهُ، وَكَذَا فِي دَعْوَى الْعِدَةِ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهَا وَالْوَصَايَا الَّتِي لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا.

الشَّرْطُ الثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ أَوْ غَرَضٌ صَحِيحٌ، فَمِثَالُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ إِذَا طَلَبَ الْمُدَّعِي يَمِينَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَقَالَ لَهُ الْمَطْلُوبُ: كُنْت اسْتَحْلَفْتنِي فَاحْلِفْ لِي أَنَّك لَمْ تَسْتَحْلِفْنِي عَلَى هَذَا الْحَقِّ فِيمَا مَضَى. لَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعِي أَنْ يُحَلِّفَهُ يَمِينًا ثَانِيَةً حَتَّى يَحْلِفَ وَبِهَذَا الْقَضَاءُ. اهـ[1].

وَفِي هَذَا قَالَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ: وَلَهُ يَمِينُهُ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْهُ أَوَّلًا، قَالَ[2]: وَكَذَا أَنَّهُ غَيْرُ عَالِمٍ بِفِسْقِ شُهُودِهِ[3].

وَاحْتَرَزُوا بِالْغَرَضِ الصَّحِيحِ مِنْ الدَّعْوَى مِنْ عُشْرِ سِمْسِمَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِحَاكِمٍ سَمَاعُ مِثْلِ هَذِهِ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا نَفْعٌ شَرْعِيٌّ[4]. وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُكْتَفَى عَنْ هَذَا الشَّرْطِ بِوَجْهَيْهِ بِالشَّرْطِ الَّذِي قَبْلَهُ.

الشَّرْطُ الرَّابِعُ: أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى مُحَقَّقَةً، فَلَوْ قَالَ: أَظُنُّ أَنَّ لِي عَلَيْهِ أَلْفًا. وَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْجَوَابِ: أَظُنُّ أَنِّي قَدْ قَضَيْته لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى لِتَعَذُّرِ الْحُكْمِ بِالْمَجْهُولِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا.

الشَّرْطُ الْخَامِسُ: أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى مِمَّا لَا تَشْهَدُ الْعَادَةُ بِكَذِبِهَا، كَدَعْوَى الْحَاضِرِ الْأَجْنَبِيِّ مِلْكَ دَارٍ بِيَدِ رَجُلٍ وَهُوَ يَرَاهُ يَهْدِمُ وَيَبْنِي وَيُؤَجِّرُ طُولَ الزَّمَانِ مِنْ غَيْرِ مَانِعٍ يَمْنَعُهُ مِنْ الطَّلَبِ مِنْ غَيْرِ تَوْقِيعِ رَهْبَةٍ أَوْ رَغْبَةٍ، وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ لَا يُعَارِضُهُ فِيهَا وَلَا يَدَّعِي أَنَّ لَهُ فِيهَا حَقًّا وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا شَرِكَةٌ، ثُمَّ قَامَ يَدَّعِي أَنَّهَا لَهُ وَيُرِيدُ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى دَعْوَاهُ، فَهَذَا لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ أَصْلًا، فَضْلًا عَنْ بَيِّنَتِهِ لِتَكْذِيبِ الْعُرْفِ.

الثَّالِثُ: تَقَدَّمَ أَنَّ النَّاظِمَ ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَيْتِ بَعْضَ شُرُوطِ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ، وَقَدْ

---

(١) تبصرة الحكام ١/ ٣٢٩.

(٢) القائل هو المازري.

(٣) مختصر خليل ص ٢٢٠.

(٤) تبصرة الحكام ١/ ٣٣١.

قَدَّمْنَا الْكَلاَمَ عَلَى بَقِيَّتِهَا، وَأَمَّا الدَّعْوَى نَفْسُهَا فَهِيَ كَمَا قَالَ الْقَرَافِيُّ: طَلَبٌ مُعَيَّنٌ أَوْ فِي ذِمَّةِ الْمُعَيَّنِ، أَوْ ادِّعَاءُ مَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَحَدُهُمَا بِطَلَبِ الْمُعَيَّنِ، كَدَعْوَى أَنَّ هَذَا الثَّوْبَ أَوْ هَذِهِ السِّلْعَةَ كُلٌّ مِنْهُمَا مِلْكٌ لَهُ وَغُصِبَ مِنْهُ أَوْ سُرِقَ لَهُ، وَمَا فِي ذِمَّةِ الْمُعَيَّنِ كَالدَّيْنِ وَالسَّلَمِ وَنَحْوِهِمَا، ثُمَّ الْمُعَيَّنُ الْمُدَّعِي عِمَارَةَ ذِمَّتِهِ إِمَّا مُعَيَّنٌ بِالشَّخْصِ كَزَيْدٍ، أَوْ بِالصِّفَةِ كَدَعْوَى الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، أَوْ الْقَتْلِ عَلَى جَمَاعَةٍ، أَوْ إِنَّهُمْ أَتْلَفُوا لَهُ مَالًا، وَادِّعَاءُ مَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَحَدُهُمَا إِمَّا مُعَيَّنٌ كَدَعْوَى الْمَرْأَةِ الطَّلَاقَ أَوْ رِدَّةَ زَوْجِهَا، فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَنْ تَطْلُبَ حَوْزَ نَفْسِهَا وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ، أَوْ مَا فِي ذِمَّةِ الْمُعَيَّنِ كَدَعْوَى الْمَرْأَةِ الْمَسِيسَ وَدَعْوَى الْمَقْتُولِ أَنَّ فُلاَنًا قَتَلَهُ خَطَأً، فَيَتَرَتَّبُ عَلَى الدَّعْوَى فِي الْمِثَالَيْنِ طَلَبُ مَا فِي ذِمَّةِ الْمُعَيَّنِ، وَهُوَ كَمَالُ الصَّدَاقِ وَالدِّيَةِ، وَالتَّعْيِينُ أَيْضًا إِمَّا بِالشَّخْصِ، كَالزَّوْجِ فِي الْمِثَالِ الْأَوَّلِ أَوْ بِالصِّفَةِ كَالْعَاقِلَةِ فِي الْمِثَالِ الثَّانِي، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الرَّابِعُ: جَعَلَ النَّاظِمُ الْمُدَّعِيَ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَالْمُدَّعَى فِيهِ أَرْكَانًا لِلْقَضَاءِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ وَعَدَّ فِي التَّبْصِرَةِ أَرْكَانَ الْقَضَاءِ سِتَّةً كَمَا تَقَدَّمَ عَنْهُ قَبْلَ هَذَا الْبَيْتِ، وَلَمْ يَعُدَّ مِنْهَا وَاحِدًا مِنْ الثَّلاَثَةِ الَّتِي فِي الْبَيْتِ، وَالظَّاهِرُ انْدِرَاجُ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْمَقْضِيِّ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ، وَانْدِرَاجُ الْمُدَّعَى فِيهِ فِي الْمَقْضِيِّ فِيهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَانْظُرْ كَيْفَ جَعَلَ النَّاظِمُ تَحَقُّقَ الدَّعْوَى وَالْبَيَانِ شَرْطَيْنِ فِي الْمُدَّعَى بِهِ، وَجَعَلَهُمَا ابْنُ فَرْحُونٍ شَرْطَيْنِ فِي الدَّعْوَى، فَتَأَمَّلْ ذَلِكَ. وَاللهُ أَعْلَمُ

وَالْمُدَّعِي مُطَالَبٌ بِالْبَيِّنَةِ ... وَحَالَةُ الْعُمُومِ فِيهِ بَيِّنَهْ

وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ ... فِي عَجْزِ مُدَّعٍ عَنْ التَّبْيِينِ

الْأَصْلُ فِيمَا ذَكَرَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». فَقَوْلُ النَّاظِمِ: «وَالْمُدَّعِي مُطَالَبٌ بِالْبَيِّنَةِ». هُوَ مَعْنَى الْجُمْلَةِ الْأُولَى مِنْ الْحَدِيثِ الْكَرِيمِ، وَهُوَ قَوْلُهُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي».

ثُمَّ أَفَادَ بِقَوْلِهِ: «وَحَالَةُ الْعُمُومِ فِيهِ بَيِّنَهْ». أَنَّ الْمُدَّعِيَ مُطَالَبٌ بِالْبَيِّنَةِ كَيْفَ كَانَ صَالِحًا أَوْ فَاسِقًا تَقِيًّا أَوْ فَاجِرًا.

قَالَ الْمَازِرِيُّ: جَعَلَ حُجَّةَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ وَهِيَ لِكُلِّ مُدَّعٍ عُمُومًا.

وَقَوْلُ النَّاظِمِ: «وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ». هُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْحَدِيثِ: «وَالْيَمِينُ عَلَى

مَنْ أَنْكَرَ».

وَأَفَادَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «فِي عَجْزِ مُدَّعٍ». أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِنَّمَا يُطَالَبُ بِالْيَمِينِ فِي حَالَةِ عَجْزِ الْمُدَّعِي عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى دَعْوَاهُ، وَأَمَّا إِنْ أَقَامَهَا فَإِنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ وَلَا يَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

(وَاعْلَمْ) أَنَّ مُطَالَبَةَ الْمُدَّعِي بِالْبَيِّنَةِ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ مُقَيَّدٌ بِإِنْكَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَأَمَّا إِنْ أَقَرَّ فَلاَ يَفْتَقِرُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَلَا إِلَى الْيَمِينِ، وَفِي مِثْلِ هَذَا يَقُولُ الْفُقَهَاءُ: أَقَرَّ الْخَصْمُ فَارْتَفَعَ النِّزَاعُ.

(تَنْبِيهٌ) ظَاهِرُ كَلَامِ النَّاظِمِ أَنَّ الْيَمِينَ تَتَوَجَّهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمُنْكِرِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى، وَإِنْ لَمْ تَثْبُتْ خُلْطَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي، وَبِهِ الْعَمَلُ عِنْدَنَا.

ابْنُ عَرَفَةَ: قَطَعَ ابْنُ رُشْدٍ فِي سَمَاعِ أَصْبَغَ أَنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ وَكَافَّةِ أَصْحَابِهِ الْحُكْمُ بِالْخُلْطَةِ، وَمِثْلُهُ لِابْنِ حَارِثٍ، وَنَقَلَ ابْنُ زَرْقُونَ عَنْ ابْنِ نَافِعٍ: لَا تُعْتَبَرُ الْخُلْطَةُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَمَضَى عَمَلُ الْقُضَاةِ عِنْدَنَا عَلَيْهِ، وَنَقَلَ لِي شَيْخُنَا ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ عَنْ بَعْضِ الْقُضَاةِ أَنَّهُ كَانَ لَا يَحْكُمُ بِهَا إِلَّا إِنْ طَلَبَهَا مِنْهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. اهـ[(١)].

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ[(٢)]: تَجِبُ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ دُونَ خُلْطَةٍ وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ لُبَابَةَ[(٣)] وَغَيْرُهُ[(٤)].

وَقَالَ ابْنُ الْهِنْدِيِّ[(٥)]: كَانَ بَعْضُ مَنْ يُقْتَدَى بِهِ يَتَوَسَّطُ فِي مِثْلِ هَذَا إِنْ ادَّعَى قَوْمٌ عَلَى

---

(١) منح الجليل ٨/٣١٥.

(٢) محمد بن عبد الله بن عبد الحكم (أبو عبد الله) محدث، حافظ، فقيه على مذهب مالك، من أهل مصر، ولد في منتصف ذي الحجة سنة ١٨٢ هـ، وتفقه بالشافعي وأشهب، وحمل في فتنة القول بخلق القرآن إلى بغداد، فلم يجب لما طلبوه، فرد إلى مصر، وتوفي ٢٦٨ هـ. انظر: معجم المؤلفين ١٠/٢٢٢، ووفيات الأعيان ٤/١٩٣، وميزان الاعتدال ٣/٦١١، والديباج المذهب ٢٣٠، وحسن المحاضرة ١/١٢٤، وشذرات الذهب ٢/١٥٤.

(٣) محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة، أبو عبد الله، فقيه مالكى أندلسى، ولي قضاء إلبيرة، والشورى بقرطبة، وعزل عنها، ثم أعيد إلى الشورى مع خطة الوثائق، ومات بالإسكندرية سنة ٣٣٠ هـ، له (المنتخبة) في فقه المالكية، قال ابن حزم: ما رأيت لمالكي كتابًا أنبل منه. انظر: بغية الملتمس ١٣٤، وجذوة المقتبس ٩١، والديباج المذهب ٢٥١، وسير أعلام النبلاء ١٤/٤٩٥.

(٤) منح الجليل ٨/٣١٥.

(٥) أحمد بن سعيد بن إبراهيم، الهمداني، يعرف بابن الهندي، من أهل قرطبة، يكنى أبا عمر، ولد لعشر=

أَشْكَالِهِمْ بِمَا يُوجِبُ الْيَمِينَ أَوْجَبَهَا دُونَ إِثْبَاتِ الْخُلْطَةِ، وَإِنْ ادَّعَى عَلَى الرَّجُلِ الْعَدْلِ مَنْ لَيْسَ مِنْ شَكْلِهِ لَمْ يُوجِبْ عَلَيْهِ الْيَمِينَ إِلَّا بِإِثْبَاتِ الْخُلْطَةِ[١].

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الصَّغِيرُ[٢]: هَذِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي خَالَفَ فِيهَا الْأَنْدَلُسِيُّونَ مَذْهَبَ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَعْتَبِرُونَ خُلْطَةً، وَيُوجِبُونَ الْيَمِينَ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ الْيَوْمَ. اهـ[٣].

وَفِي هَذِهِ النَّظَائِرِ قَالَ الشَّيْخُ ابْنُ غَازِيٍّ[٤] فِي بَابِ الْجِهَادِ مِنْ تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ:

قَدْ خُولِفَ الْمَذْهَبُ بِالْأَنْدَلُسِ ... فِي سِتَّةٍ مِنْهُنَّ سَهْمُ الْفَرَسْ

وَغَرْسُ الْأَشْجَارِ لَدَى الْمَسَاجِدِ ... وَالْحُكْمُ بِالْيَمِينِ قُلْ وَالشَّاهِدِ

وَخُلْطَةٌ وَالْأَرْضُ بِالْجُزْءِ تَلِي ... وَرَفْعُ تَكْبِيرِ الْأَذَانِ الْأَوَّلِ

وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي الْمِكْنَاسِيُّ[٥] فِي آخِرِ مَجَالِسِهِ: أَنَّ أَهْلَ الْأَنْدَلُسِ خَالَفُوا مَذْهَبَ ابْنِ

=بقين من المحرم عام ٣٢٠ هـ، قال ابن عفيف: وكان حافظًا للفقه، وحافظًا لأخبار أهل الأندلس، بصيرًا بعقد الوثائق، وله فيها ديوان كبير، وكان: طويل اللسان، حسن البيان، كثير الحديث، بصيرًا بالحجة، وتوفي في رمضان من عام ٣٩٩ هـ. انظر: معجم المؤلفين ١/٢٣٢، والديباج المذهب ١/٢٣، والصلة ١/٤، وترتيب المدارك ٢/٨.

(١) منح الجليل ٨/٣١٥.

(٢) علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي، أبو الحسن، المعروف بالصغير، قاض مُعمِّر، من كبار المفتين في المغرب، ولَّاه السلطان «أبو الربيع» القضاء بفاس فحسنت سيرته، وكان يُدَرس بجامع الأجدع فيها، له (التقييد على المدونة) باسم شرح تهذيب المدونة، في فقه المالكية، عاش أكثر من مائة عام، وتوفي سنة ٧١٩ هـ. انظر: شجرة النور الزكية ١/٢١٥، والاستقصا ٢/٤٩، وجذوة الاقتباس ٢٩٩، ومعجم المؤلفين ٧/٢٠٧.

(٣) منح الجليل ٨/٣١٥.

(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي، أبو عبد الله، مؤرخ، وفقيه من المالكية، من بني عثمان (قبيلة من كتامة بمكناسة الزيتون)، ولد بها عام ٨٤١ هـ وتفقه بها وبفاس، وأقام زمنًا في كتامة، واستقر بفاس سنة ٨٩١ هـ، وتوفي بها عام ٩١٩ هـ. له (كليات فقهية على مذهب المالكية) و(شفاء الغليل في حل مقفل خليل)، و(تفصيل الدرر) في القراآت، و(نظم نظائر رسالة القيرواني) فقه. انظر: شجرة النور ٢٧٦، وإتحاف أعلام الناس ٤/٢، وجذوة الاقتباس ٣، نيل الابتهاج ص ٥٨١.

(٥) محمد بن عبد الله بن محمد اليفرني المكناسي، فقيه مالكي، من قضاة فاس، ولد سنة ٨٣٩ هـ، وتوفي بفاس وهو على قضائها سنة ٩١٧ هـ. له (التنبيه والأعلام في مجالس القضاة والحكام). انظر: جذوة الاقتباس ١٥١، ومعجم المؤلفين ١٠/٢٤٤.

الْقَاسِمِ فِي ثَمَانِ عَشْرَةَ مَسْأَلَةً. وَعَدَّهَا، فَانْظُرْهَا فِيهِ إِنْ شِئْتَ.

وَالْحُكْمُ فِي الْمَشْهُورِ حَيْثُ الْمُدَّعَى ... عَلَيْهِ فِي الْأُصُولِ وَالْمَالِ مَعَا

وَحَيْثُ يُلْفِيهِ بِمَا فِي الذِّمَّهْ ... يَطْلُبُهُ وَحَيْثُ أَصْلٌ ثَمَّهْ

تَكَلَّمَ فِي الْبَيْتَيْنِ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي فِي بَلَدٍ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي بَلَدٍ آخَرَ، أَيْنَ يَكُونُ الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا؟ فَأَخْبَرَ أَنَّ الْحُكْمَ بَيْنَهُمَا يَكُونُ فِي بَلَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، سَوَاءٌ كَانَ الْخِصَامُ فِي أَصْلٍ أَوْ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ، لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُقِيمًا لَمْ يَخْرُجْ عَنْهُ، فَإِنْ خَرَجَ عَنْ بَلَدِهِ فَيُفْصَلُ فِي الْمُدَّعَى فِيهِ، فَإِنْ كَانَ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ طَلَبَهُ بِهِ حَيْثُ وَجَدَهُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَحَيْثُ يُلْفِيهِ بِمَا فِي الذِّمَّهْ يَطْلُبُهُ».

وَإِنْ كَانَ أَصْلاً فَلاَ يُحْبَسُ الْمُطَالِبُ بِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ الْأَصْلُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَلْفَاهُ فِيهِ الْمُدَّعِي، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَحَيْثُ أَصْلٌ ثَمَّهْ».

قَالَ الشَّارِحُ: الْبَيْتُ الْأَوَّلُ تَضَمَّنَ مَعْنَى مَا فِي كِتَابِ الْجِدَارِ، وَنَصُّهُ: سُئِلَ عِيسَى[1] عَنِ الرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ قُرْطُبَةَ تَكُونُ لَهُ الدَّارُ أَوْ أُلْحِقَ بِجَيَّانَ، فَيُدْعَى ذَلِكَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ جَيَّانَ، فَيُرِيدُ الْجَيَّانِيُّ مُخَاصَمَةَ الْقُرْطُبِيِّ عِنْدَ قَاضِي جَيَّانَ حَيْثُ الشَّيْءِ الْمُدَّعَى فِيهِ، أَيُرْفَعُ مَعَهُ الْقُرْطُبِيُّ إِلَى هُنَالِكَ؟ قَالَ: لَا يُرْفَعُ مَعَهُ، وَلَكِنْ لَا يَكُونُ الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا حَيْثُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِقُرْطُبَةَ[2].

وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ مِثْلَهُ، قَالَ مُطَرِّفٌ: وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى حَيْثُ الْمُدَّعِي، وَلَا إِلَى حَيْثُ الدَّارُ الَّتِي ادُّعِيَتْ. اهـ.

وَنَقَلَ الشَّارِحُ أَيْضًا مَا نَصُّهُ: وَقَالَ فَضْلٌ: إِنَّ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ مِثْلُهُ، وَذَلِكَ فِيمَا يَخْتَصُّ بِالْأُصُولِ. وَزَادَ النَّاظِمُ الْمَالَ تَبَعًا لِأَهْلِ الْأَحْكَامِ بِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْقِيَاسِ الْجَلِيِّ، فَإِنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ -أَيِ الْقُرْطُبِيَّ- إِذَا كَانَ لَا يُرْفَعُ إِلَى حَيْثُ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى فِيهِ -وَهُوَ

---

(١) عيسى بن دينار بن واقد الغافقي، أبو عبد الله، فقيه الأندلس في عصره، وأحد علمائها المشهورين، أصله من طليطلة، سكن قرطبة، وقام برحلة في طلب الحديث، ولزم ابن القاسم مدة، وعول عليه، وكان صالحًا خيرًا ورعًا، كانت الفتيا تدور عليه بالأندلس لا يتقدمه أحد، حتى قال ابن وضاح: هو الذي علم أهل الأندلس الفقه، توفي بطليطلة سنة ٢١٢ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ١٠/ ٤٤٠، وترتيب المدارك ٣/ ١٦، والديباج المذهب ٢/ ٦٤، طبقات الفقهاء ١/ ١٦١، ومعجم المؤلفين ٨/ ٢٤، وشذرات الذهب ٢/ ٢٨.

(٢) التاج والإكليل ٦/ ١٤٦.

جَيَّانُ-، فَأَحْرَى أَنْ لَا يُرْفَعَ إِلَى حَيْثُ الْمُدَّعِي وَحْدَهُ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى فِيهِ فِي ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَهُوَ مَعَهُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ. اهـ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَالْبَيْتُ الثَّانِي تَضَمَّنَ مَعْنَى قَوْلِ ابْنِ حَبِيبٍ: وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى فِي حَقٍّ مِنْ الْحُقُوقِ الَّتِي تَكُونُ فِي ذِمَّةِ الرَّجُلِ كَالدَّيْنِ وَمَا أَشْبَهَهُ، فَإِنَّمَا يُخَاصِمُهُ حَيْثُ تَعَلَّقَ بِهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْعَقَارُ أَيْضًا بِالْمَوْضِعِ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ فَيَحْبِسُهُ لِمُخَاصَمَتِهِ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى فِيهِ فِي غَيْرِ الْمَوْضِعِ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ، فَلَيْسَ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَحْبِسَهُ لِمُخَاصَمَتِهِ حَيْثُ تَعَلَّقَ بِهِ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: بِالْمَوْضِعِ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ. ظَاهِرٌ فِي كَوْنِ الْمُدَّعِي الطَّالِبِ وَجَدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمَطْلُوبَ بِبَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهِ، وَفِيهَا الْعَقَارُ الَّذِي يُتَنَازَعُ فِيهِ فَيَتَحَاكَمَانِ هُنَالِكَ، وَهُوَ قَوْلُهُ: «وَحَيْثُ أَصْلٌ ثَمَّهْ». وَهَذَا النَّقْلُ هُوَ الْمُوجِبُ لِتَقْيِيدِ قَوْلِهِ: «حَيْثُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْأُصُولِ» بِمَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِبَلَدِهِ لَمْ يَخْرُجْ عَنْهُ.

وَأَمَّا إِنْ وَجَدَ الطَّالِبُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِبَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهِ، وَلَيْسَ فِيهَا الْأَصْلُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ، فَلَا يَحْبِسُهُ إِلَّا فِي بَلَدِ الْأَصْلِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ ابْنُ حَبِيبٍ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى فِيهِ فِي غَيْرِ الْمَوْضِعِ... إِلَخْ[1]. وَهُوَ مَفْهُومُ قَوْلِ النَّاظِمِ: «وَحَيْثُ أَصْلٌ ثَمَّهْ» هَذَا حَاصِلُ الْبَيْتَيْنِ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَهَلْ يُرَاعَى حَيْثُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَبِهِ عُمِلَ؟ أَوْ الْمُدَّعِي وَأُقِيمَ مِنْهَا؟ وَنَحْوُهُ فِي تَوْضِيحِهِ[2].

وَفِي ابْنِ عَرَفَةَ: الْخُصُومَةُ فِي مُعَيَّنٍ دَارٍ أَوْ غَيْرِهَا فِي كَوْنِهَا بِبَلَدِ الْمُدَّعَى فِيهِ، قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونٌ[3]، أَوْ بِبَلَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَوْ كَانَ بِغَيْرِ بَلَدِ الْمُدَّعَى فِيهِ، قَالَهُ مُطَرِّفٌ ثَالِثُهَا هَذَا، وَحَيْثُ اجْتِمَاعُهُمَا وَلَوْ بِغَيْرِ بَلَدِ الْمُدَّعَى فِيهِ قَالَهُ أَصْبَغُ، وَقَالَ: كُلُّ مَنْ تَعَلَّقَ بِخَصْمٍ فِي حَقٍّ فَلَهُ مُخَاصَمَتُهُ حَيْثُ تَعَلَّقَ بِالذِّمَّةِ مِنْ دَيْنٍ وَحَقٍّ لَا فِي الْعَقَارِ. اهـ. عَنْ نَقْلِ

---

(١) تبصرة الحكام ١/ ٢١٧.

(٢) مختصر خليل ص ٢٢١.

(٣) أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون، قاض وفقيه، انتهت إليه رياسة العلم في المغرب، كان زاهدًا لا يهاب سلطانًا في حق يقوله، أصله شامي من حمص، ومولده في القيروان عام ١٦٠هـ. ولي القضاء بها سنة ٢٣٤ هـ، واستمر إلى أن مات عام ٢٤٠هـ، وكان رفيع القدر عفيفًا أبي النفس. روى (المدونة) في فروع المالكية. انظر: وفيات الأعيان ٣/ ١٨٠ وقضاة الأندلس ٢٨، ومعجم المؤلفين ٥/ ٢٢٤، ومرآة الجنان ١/ ٢٦٤.

المَوَّاقِ[١].

وَقَدِّمْ السَّابِقَ لِلْخِصَامِ وَالْمُدَّعِيَ لِلْبَدْءِ بِالْكَلَامِ

اشْتَمَلَ الْبَيْتُ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ، كُلُّ شَطْرٍ مِنْهُ عَلَى مَسْأَلَةٍ:

الْأُولَى: إِذَا تَعَدَّدَتْ الْخُصُومُ عِنْدَ الْقَاضِي، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ، فَإِنْ جَهِلَ السَّابِقَ فَيَأْتِي حُكْمُهُ لِلنَّاظِمِ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَيُقَدِّمُ الْقَاضِي الْخُصُومَ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ، إِلَّا فِي الْمُسَافِرِ أَوْ مَا يُخْشَى فَوَاتُهُ. اهـ[٢].

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «وَقَدِّمْ السَّابِقَ» أَنَّ غَيْرَ السَّابِقِ لَا يُقَدَّمُ، وَلَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا فِي كَلَامِ اللَّخْمِيِّ بِغَيْرِ الْمُسَافِرِ وَمَا يُخْشَى فَوَاتُهُ، أَمَّا هُمَا فَيُقَدَّمَانِ وَلَوْ تَأَخَّرَا.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ: وَإِذَا تَزَاحَمَ الْمُدَّعُونَ فَالسَّابِقُ ثُمَّ الْقُرْعَةُ إِلَّا فِي الْمُسَافِرِ، وَمَا يُخْشَى فَوَاتُهُ[٣].

التَّوْضِيحُ: قِيلَ: وَيَنْبَغِي أَنْ يُوَكِّلَ مَنْ يَعْرِفُ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ الْأَوَّلَ أَقْرَعَ. اهـ[٤].

وَيَأْتِي بَعْدَ بَيْتٍ أَنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ جَهْلِ السَّابِقِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا جَلَسَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيْ الْقَاضِي، فَإِنَّ الْمُدَّعِيَ يَبْدَأُ بِالْكَلَامِ حَتَّى يَفْرُغَ، وَحِينَئِذٍ يَتَكَلَّمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ: مِنْ شَأْنِ حُكَّامِ الْعَدْلِ إِذَا وَقَفَ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْهُمْ خَصْمَانِ أَنْ يَقُولَ لَهُمَا: مَنْ الْمُدَّعِي مِنْكُمَا؟ فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: أَنَا الْمُدَّعِي. قَالَ لَهُ: تَكَلَّمْ. وَأَمَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالسُّكُوتِ حَتَّى يَفْرُغَ الْمُدَّعِي مِنْ مَقَالِهِ، فَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ أَنَّهُ الْمُدَّعِي أَمَرَهُمَا بِالِارْتِفَاعِ عَنْهُ حَتَّى يَأْتِيَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ الْخُصُومَةَ فَيَكُونُ هُوَ الْمُدَّعِي[٥].

كَذَا قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ، وَرَوَاهُ عَنْ أَصْبَغَ، وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي الْبَيْتِ بَعْدَ هَذَا.

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٤٦.

(٢) التاج والإكليل ٦/١٢٣.

(٣) جامع الأمهات ص ٤٦٥.

(٤) التوضيح ٧/٤٤١- ٤٤٢.

(٥) تبصرة الحكام ١/١١٠.

وَحَيْثُ خَصْمٌ حَالَ خَصْمٍ يَدَّعِي ... فَاصْرِفْ وَمَنْ يَسْبِقْ فَذَاكَ المُدَّعِي

وَعِنْدَ جَهْلِ سَابِقٍ أَوْ مُدَّعِي ... مَنْ لَجَّ إذْ ذَاكَ لِقُرْعَةٍ دُعِي

لَمَّا قَدَّمَ أَنَّ المُدَّعِيَ يَبْدَأُ بِالْكَلَامِ، وَذَلِكَ إذَا عُرِفَ، وَأَنَّهُ إذَا تَعَدَّدَتْ الْخُصُومُ عِنْدَ الْقَاضِي يَبْدَأُ بِالْأَوَّلِ إذَا عُرِفَ، أَيْضًا أَخْبَرَ هُنَا أَنَّهُ إذَا جَهِلَ المُدَّعِي بِحَيْثُ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ المُدَّعِي أَوْ أَنَّهُ المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَأْمُرُهُمَا بِالِانْصِرَافِ عَنْ مَجْلِسِهِ وَمَحَلِّ حُكْمِهِ، ثُمَّ مَنْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ لِمَجْلِسِ الْقَاضِي فَهُوَ المُدَّعِي، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ قَبْلَ هَذَيْنِ الْبَيْتَيْنِ نَصُّ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ فَرَاجِعْهُ إنْ شِئْت.

ثُمَّ إنْ لَمْ يَعْلَمْ المُدَّعِي بِمَا ذَكَرَهُ مِنْ صَرْفِهِمَا إمَّا لِتَجَاهُلِهِمَا أَوْ لِرُجُوعِهِمَا إلَيْهِ مَعًا بَعْدَ صَرْفِهِمَا عَنْهُ، فَمَنْ لَجَّ فِي ذَلِكَ أَوْ خَاصَمَ وَادَّعَى أَنَّهُ المُدَّعِي وَلَمْ يُوَافِقْهُ خَصْمُهُ، وَادَّعَى مَا ادَّعَاهُ خَصْمُهُ، فَإِنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ بِالْكَلَامِ[1]، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «أَوْ مُدَّعِي مَنْ لَجَّ إذْ ذَاكَ لِقُرْعَةٍ دُعِي». لِأَنَّهُ أَيْ قَوْلَهُ: «أَوْ مُدَّعِي». مَعْطُوفٌ عَلَى سَابِقٍ مَدْخُولِ لِجَهْلِ.

وَفِي المَوَّاقِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ[2]: وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ الْجَالِبَ بَدَأَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ضَعِيفًا فَأَحَبُّ إلَيَّ أَنْ يَبْدَأَ بِهِ، وَإِنْ بَقِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَلِّقًا بِالْآخَرِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا. اهـ[3].

---

(١) والقرعة أصل في شريعتنا، قال تعالى: ﴿إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون﴾ وقال تعالى: ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾، وقد ثبت «أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها، خرج بها»، وثبت عنه ﷺ أيضًا: «أن رجلاً أعتق عبيدًا له ستة في مرضه، لا مال له غيرهم، فأقرع النبي ﷺ بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة». وقد استعملها العلماء -بسبب مشروعيتها- بين الخلفاء إذا استوت فيهم الأهلية للولاية، وبين الأئمة إذا استووا، وغير ذلك من المسائل التي تستوجب ذلك.

(٢) أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن ليث بن رافع، فقيه مصري من العلماء، كان من أجلة أصحاب مالك، انتهت إليه الرياسة بمصر بعد أشهب، وُلد في الإسكندرية عام ١٥٠هـ، وتوفي في القاهرة في شهر رمضان عام ٢١٤هـ. انظر: ترتيب المدارك ٢/٥٢٣، وفيات الأعيان ٣/٣٤، وتذهيب التهذيب ٢/١٥٩، والبداية والنهاية ١٠/٢٦٩، والديباج المذهب ١/٤١٩، وتهذيب التهذيب ٥/٢٨٩، وشذرات الذهب ٢/٣٤.

(٣) التاج والإكليل ٦/١٢٤.

وَلَمْ أَقِفْ الْآنَ عَلَى الْقُرْعَةِ إِذَا جَهِلَ الْمُدَّعِي، وَلَعَلَّ النَّاظِمَ قَاسَهُ عَلَى جَهْلِ السَّابِقِ فِي الْخُصُوم، وَكَذَلِكَ إِذَا جَهِلَ الْأَوَّلَ مِنْ الْخُصُومِ وَلَجَّ وَخَاصَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعِيًا أَنَّهُ الْأَوَّلُ، فَإِنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَعِنْدَ جَهْلِ سَابِقٍ...» الْبَيْتَ.

اللَّخْمِيُّ: إِنْ تَعَذَّرَ مَعْرِفَةُ الْأَوَّلِ مِنْ الْخُصُومِ كُتِبَتْ أَسْمَاؤُهُمْ فِي بَطَائِقَ، وَخُلِطَتْ فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ بُدِئَ بِهِ، وَذَلِكَ كَالْقُرْعَةِ بَيْنَهُمْ. اهـ[1].

وَتَقَدَّمَ قَبْلَ الْبَيْتَيْنِ كَلاَمُ ابْنِ الْحَاجِبِ.

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٢٣، ومنح الجليل ٨/٣٠٥.

فصل في رفع المدعى عليه وما يلحق بذلك

دَخَلَ فِي قَوْلِهِ: «وَمَا يُلْحَقُ بِذَلِكَ». أَيْ: بِرَفْعِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حُكْمُ مَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ، وَهُوَ الطَّبْعُ عَلَيْهِ وَعَلَى مَنْ تَكُونُ أُجْرَةُ الْعَوْنِ.

وَمَعْ مَخِيلَةٍ بِصِدْقِ الطَّالِبِ ... يُرْفَعُ بِالْإِرْسَالِ غَيْرُ الْغَائِبِ

وَمَنْ عَلَى يَسِيرِ الْأَمْيَالِ يَحُلْ ... فَالْكَتْبُ كَافٍ فِيهِ مَعَ أَمْنِ السُّبُلْ

وَمَعْ بُعْدٍ أَوْ مَخَافَةٍ كُتِبْ ... لِأَمْثَلِ الْقَوْمِ أَنْ افْعَلْ مَا يَجِبْ

إِمَّا بِإِصْلَاحٍ أَوْ الْإِغْرَامِ ... أَوْ أَزْعِجَ الْمَطْلُوبَ لِلْخِصَامِ

وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طُبِعْ ... عَلَيْهِ مَا يُهِمُّهُ كَيْ يَرْتَفِعَ

اعْلَمْ أَنَّ الْخَصْمَيْنِ لَا يَخْلُو حَالُهُمَا مِنْ إِحْدَى حَالَتَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَحْضُرَا مَعًا عِنْدَ الْقَاضِي مُتَّفِقَيْنِ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْهُمَا أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ فِيهِمَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ، وَإِمَّا أَنْ يَحْضُرَ أَحَدُهُمَا وَهُوَ الطَّالِبُ وَلَا يَحْضُرُ الْمَطْلُوبُ.

ثُمَّ إِنَّ هَذَا الْمَطْلُوبَ الَّذِي لَمْ يَحْضُرْ مَجْلِسَ الْقَاضِي لَا يَخْلُو حَالُهُ مِنْ وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَاضِرًا مَعَهُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ غَائِبًا عَنْهُ بِمَوْضِعٍ هُوَ تَحْتَ إِيَالَةِ الْقَاضِي الْمُتَدَاعَى إِلَيْهِ، وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ تَكَلَّمَ النَّاظِمُ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ حَاضِرًا مَعَهُ فِي مِصْرِهِ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُوَجِّهُ إِلَيْهِ أَحَدَ خُدَّامِهِ يَرْفَعُهُ لِمَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ فِي الْمِصْرِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى يَسِيرِ الْأَمْيَالِ مَعَ أَمْنِ الطَّرِيقِ مِنْ مَوْضِعِهِ إِلَى مَحَلِّ الْحُكْمِ مِنْ الْحَاضِرَةِ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَكْتُبُ إِلَيْهِ يَأْمُرُهُ بِالْحُضُورِ عِوَضًا مِنْ دَفْعِ الْخَاتَمِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ قَدِيمًا.

وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا إِمَّا بُعْدًا حِسِّيًّا مِنْ جِهَةِ الْمَسَافَةِ، وَإِمَّا بُعْدًا مَعْنَوِيًّا مِنْ جِهَةِ الْخَوْفِ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَكْتُبُ لِأَمْثَلِ مَنْ بِمَوْضِعِ حُلُولِ الْمَطْلُوبِ بِالْأَمْرِ بِفِعْلِ مَا يَجِبُ مِنَ النَّظَرِ الْمُؤَدِّي لِلتَّنَافِي بَيْنَهُمَا إِمَّا بِالصُّلْحِ أَوْ بِالْغُرْمِ، أَوْ بِالْعَزْمِ عَلَى الْمَطْلُوبِ فِي الْوُصُولِ لِمَحَلِّ الْحُكْمِ.

وَرَفْعُ الْمَطْلُوبِ مِنْ مَوْضِعِهِ لِمَجْلِسِ الْحُكْمِ فِي الْأَوْجُهِ الثَّلَاثَةِ: مُقَيَّدٌ بِظُهُورِ مَخَايِلِ صِدْقِ الْمُدَّعِي فِي دَعْوَاهُ وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَمَعْ مَخِيلَةٍ بِصِدْقِ الطَّالِبِ». وَهُوَ جَارٍ

عَلَى مَا قَالَ سَحْنُونٌ مِنْ أَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَدْفَعُ طَابِعَهُ، وَلَا يَرْفَعُ الْمَطْلُوبَ حَتَّى يَأْتِيَهُ الطَّالِبُ بِشُبْهَةٍ؛ لِئَلَّا يَكُونَ مُدَّعِيًا بَاطِلًا يُرِيدُ تَعَنُّتَ الْمَطْلُوبِ. اهـ[١].

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ أَبِي زَمَنِينَ أَنَّهُ يُرْفَعُ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ الطَّالِبُ بِشُبْهَةٍ. وَبِهِ جَرَى الْعَمَلُ وَلَمْ يَعْتَمِدْهُ النَّاظِمُ.

هَذَا حَاصِلُ الْأَبْيَاتِ مَا عَدَا الْأَخِيرَ مِنْهَا، وَالْمَخِيلَةُ دَلِيلُ الصِّدْقِ، وَمَخَايِلُ الصِّدْقِ دَلَائِلُهُ، وَغَيْرُ الْغَائِبِ هُوَ الْحَاضِرُ مَعَ الطَّالِبِ فِي بَلَدِهِ، وَإِذَا كَانَ قَرِيبًا وَكَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ وَلَمْ يَحْضُرْ وَالطَّرِيقُ مَأْمُونَةٌ، فَإِنَّهُ يَحْكُمُ عَلَيْهِ كَالْحَاضِرِ مَعَهُ فِي الْبَلَدِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَطْلُوبُ فِي بَلَدٍ لَيْسَتْ تَحْتَ عِمَالَةِ الْقَاضِي الَّذِي حَضَرَ الطَّالِبُ بَيْنَ يَدَيْهِ، فَإِنْ كَانَ حُلُولُهُ بِهَا لِتِجَارَةٍ أَوْ زِيَارَةٍ أَوْ نَحْوِهَا، فَيَأْتِي حُكْمُهُ فِي فَصْلِ الْبَيْعِ عَلَى الْغَائِبِ مِنْ بَابِ الْبُيُوعِ إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَإِنْ كَانَ حُلُولُهُ بِهَا أَصَالَةً؛ لِكَوْنِهَا بَلَدَهُ وَمَوْضِعَ سُكْنَاهُ وَوَطَنًا لَهُ، فَفِي مَوْضِعِ تَعْيِينِ الْحُكْمِ بَيْنَهُمَا تَفْصِيلٌ تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ: «وَالْحُكْمُ فِي الْمَشْهُورِ». إِلَى آخِرِ الْبَيْتَيْنِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ...» الْبَيْتَ. فَمَعْنَاهُ أَنَّ مَنْ دَعَاهُ الْقَاضِي لِحُضُورِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ مَعَ خَصْمِهِ فَتَغَيَّبَ وَلَمْ يَأْتِ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يَطْبَعُ عَلَيْهِ مَا يُهِمُّهُ طَبْعُهُ مِمَّا لَا صَبْرَ لَهُ عَنْهُ كَدَارِهِ وَحَانُوتِهِ؛ لِيَرْتَفِعَ أَحَبَّ أَمْ كَرِهَ[٢].

وَصِفَةُ الطَّبْعِ أَنْ يُلْصِقَ شَمْعًا أَوْ عَجِينًا بِالْبَابِ وَبِمَا يَلِيهَا وَيَتَّصِلُ بِهَا حَالَ سَدِّهَا، وَيَطْبَعُ عَلَيْهَا بِطَابَعٍ عَلَيْهِ نَقْشٌ أَوْ كِتَابَةٌ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي ذَلِكَ الشَّمْعِ أَوِ الْعَجِينِ، فَإِذَا فَتَحَ الْبَابَ وَرَدَّ ذَلِكَ الشَّمْعَ أَوِ الْعَجِينَ لِمَحَلِّهِ أَوْ لَا تَغَيَّرَ نَقْشُهُ، وَعَلِمَ أَنَّ الْبَابَ قَدْ فُتِحَ؛ فَيُعَاقِبُ مَنْ فَتَحَهُ أَشَدَّ الْعُقُوبَةِ، وَهَذَا الطَّبْعُ أَوْلَى مِنَ التَّسْمِيرِ؛ لِأَنَّهُ يَعِيبُ الْبَابَ أَوْ يُفْسِدُهُ.

قَالَ فِي الْمَقْصِدِ الْمَحْمُودِ: وَإِنْ تَغَيَّبَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ طَبَعَ الْقَاضِي عَلَى دَارِهِ، وَهُوَ أَحْسَنُ مِنَ التَّسْمِيرِ؛ لِأَنَّهُ يُفْسِدُ الْبَابَ، فَإِنْ لَمْ يُفْسِدْهُ سَمَّرَهُ عَلَيْهِ بَعْدَ أَنْ يُخْرِجَ مِنْهَا مَا

---

(١) شرح مختصر خليل ٢١/ ٣٩١.

(٢) قال ابن العربي في أحكام القرآن ٢/ ٥٤: قال علماؤنا: قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ أُوتُوا نَصِيبًا مِنَ الْكِتَابِ يُدْعَوْنَ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ يَتَوَلَّى فَرِيقٌ مِنْهُمْ وَهُمْ مُعْرِضُونَ ﴿٢٣﴾﴾ [آل عمران]. دليل على وجوب ارتفاع المدعو إلى الحاكم؛ لأنه دعي إلى كتاب الله، فإن لم يفعل كان مخالفًا يتعين عليه الزجر بالأدب على قدر المخالف والمخالف.

فِيهَا مِنْ الْحَيَوَانِ وَبَنِي آدَمَ. اهـ.

وَعَبَّرَ بَعْضُهُمْ عَنْ هَذَا الطَّبْعِ بِالْخَتْمِ، قَالَ فِي الطُّرَرِ عَنْ الشَّعْبَانِيِّ: مَنْ ادَّعَى عَلَى غَيْرِهِ دَعْوَى وَدَعَاهُ لِلْقَاضِي، فَإِنْ امْتَنَعَ خَتَمَ لَهُ خَاتَمًا مِنْ طِينٍ. اهـ[١].

وَفِي عُرْفِنَا الْيَوْمَ الطَّبْعُ وَالْخَتْمُ هُوَ التَّسْمِيرُ، وَهُوَ أَنْ يُسَمِّرَ طَرَفَ جِلْدٍ بِالْبَابِ وَطَرَفَهُ الْآخَرَ بِمَا يَلِيهَا، فَإِذَا فَتَحَ الْبَابَ ظَهَرَ ذَلِكَ غَالِبًا فَعُوقِبَ فَاعِلُهُ.

وَأَمَّا كَوْنُهُ يَعِيبُ الْبَابَ أَوْ يُفْسِدُهُ فَلاَ يَلْتَفِتُ إِلَيْهِ الْآمِرُ، فَضْلاً عَنْ الْمَأْمُورِ تَهَاوُنًا وَاسْتِخْفَافًا.

وَأُجْـرَةُ الْعَـوْنِ عَـلَى طَالِـبِ حَـقٍّ ... وَمَـنْ سِـوَاهُ إِنْ أَلَـدَّ تُـسْتَحَقُّ

الْعَوْنُ وَاحِدُ الْأَعْوَانِ وَهُمْ وَزَعَةُ الْقَاضِي، أَيْ خُدَّامُهُ الَّذِينَ يُنَفِّذُونَ أَحْكَامَهُ وَيَدْفَعُونَ الْخُصُومَ عَنْهُ وَيَرْفَعُونَهُمْ إِلَيْهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَلَوْ أَمْكَنَهُ إِنْفَاذُ الْأَحْكَامِ دُونَهُمْ لَكَانَ أَوْلَى، وَلَكِنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ فَلاَ بُدَّ مِنْهُمْ، وَالْأَصْلُ فِي مِثْلِ أَرْزَاقِ هَؤُلَاءِ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ، كَالْوَاجِبِ فِي رِزْقِ الْحَاكِمِ الَّذِي يَصْرِفُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ بِأُمُورٍ لَيْسَتْ لَازِمَةً لَهُمْ بِأَعْيَانِهِمْ، وَمَنْ قَامَ بِمِثْلِ ذَلِكَ مِنْ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ فَرِزْقُهُ مِنْ بَيْتِ مَالِهِمْ.

وَلَمَّا تَعَذَّرَ إِجْرَاءُ ذَلِكَ مِنْ مَوْضِعِهِ نَظَرَ الْفُقَهَاءُ بِمَا يُوجِبُهُ الِاجْتِهَادُ عَلَى مَنْ تَكُونُ أُجْرَةُ هَذَا الصِّنْفِ؟ فَاقْتَضَى النَّظَرُ أَنَّهُ عَلَى مَنْ يَحْتَاجُ إِلَى إِحْضَارِ خَصْمِهِ وَإِمْسَاكِهِ، وَبَعْثِهِ إِلَى مَوْضِعِ انْتِصَافِهِ مِنْهُ بِقَضَاءِ مَالِهِ عَلَيْهِ أَوْ إِعْطَاءِ رَهْنٍ أَوْ حَمِيلٍ أَوْ اقْتِضَاءِ يَمِينٍ أَوْ حَبْسٍ هَذَا إِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْ الْمَطْلُوبِ مَطْلٌ وَلَا لَجَاجٌ، فَإِنْ ظَهَرَ ذَلِكَ مِنْهُ أَلْزَمَهُ الْفُقَهَاءُ أُجْرَةَ هَذَا الْعَوْنِ؛ لِكَوْنِهِ -وَاللهُ أَعْلَمُ- ظَالِمًا، وَالظَّالِمُ أَحَقُّ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِ، وَعَلَى كَوْنِ أُجْرَةِ الْعَوْنِ عَلَى الطَّالِبِ إِلَّا إِذَا تُبُيِّنَ مَطْلٌ وَلَدَدٌ مِنْ الْمَطْلُوبِ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ حِينَئِذٍ تَكُونُ عَلَيْهِ، نَبَّهَ النَّاظِمُ بِهَذَا الْبَيْتِ، وَاللَّدَدُ شِدَّةُ الْخُصُومَةِ، قَالَ فِي الْقَامُوسِ: لَدَّهُ خَصْمُهُ فَهُوَ لَادٌّ وَلَدُودٌ. اهـ[٢].

وَالنَّاظِمُ اسْتَعْمَلَهُ رُبَاعِيًّا مِنْ الْإِلْدَادِ، قَالَ الْجَوْهَرِيُّ فِي شَرْحِ غَرِيبِ الْمُدَوَّنَةِ: الْإِلْدَادُ

---

(١) حلي المعاصم ١/ ٣٣.

(٢) الصحاح ٢/ ٥٣٥، ومختار الصحاح ص ٦١٢، ولسان العرب ٣/ ٣٩٠.

المَطْلُ، يُقَالُ مِنْهُ: أَلَدَّ فُلاَنٌ بِحَقِّ فُلاَنٍ يُلِدُّ إِلْدَادًا عَلَى وَزْنِ أَنْشَدَ يُنْشِدُ إِنْشَادًا، وَأَلَدَّ عَلَى وَزْنِ أَلْدَدَ، وَيُلِدُّ عَلَى وَزْنِ يُلْدِدُ، وَلَمَّا تَحَرَّكَتْ الدَّالاَنِ -وَهُمَا مُتَمَاثِلاَنِ- أَدْغَمُوا إِحْدَاهُمَا فِي الأُخْرَى.

قَالَ بَعْضُ مَنْ شَرَحَ هَذَا النَّظْمَ: وَقَفَ عَلَى قَوْلِهِ، قَالَ الجَوْهَرِيُّ فِي شَرْحِ غَرِيبِ المُدَوَّنَةِ: فَإِنْ عَنَى أَنَّهُ شَرَحَ غَرِيبَ المُدَوَّنَةِ فِي كِتَابِهِ المَشْهُورِ بِالصِّحَاحِ كُلَّ لَفْظَةٍ فِي مَحَلِّهَا حَسْبَمَا اقْتَضَاهُ صَنِيعُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْصِدَ أَلْفَاظَ المُدَوَّنَةِ، بَلْ اللَّفْظُ اللُّغَوِيُّ وَقَعَ فِي المُدَوَّنَةِ أَوْ لَا فَظَاهِرٌ، وَإِنْ أَرَادَ أَنَّ الجَوْهَرِيَّ أَلَّفَ كِتَابًا مُسْتَقِلاً فِي شَرْحِ غَرِيبِ المُدَوَّنَةِ بِالخُصُوصِ، فَهَذَا أَغْرَبُ مِنْ غَرِيبٍ؛ إِذْ لَمْ نَرَ مِمَّا وَقَفْنَا عَلَيْهِ مِنْ شُرُوحِ المُدَوَّنَةِ أَوْ حَوَاشِيهَا مَنْ نُقِلَ عَنْهُ وَلَا ذَكَرَهُ، فَاللهُ أَعْلَمُ.

فصل في مسائل من القضاء

وَلَيْسَ بِالْجَائِزِ لِلْقَاضِي إذَا ... لَمْ يَبْدُ وَجْهُ الْحُكْمِ أَنْ يُنَفِّذَا

ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَسَائِلَ مِنْ أَحْكَام الْقَضَاءِ، وَذَلِكَ مَنْعُ تَنْفِيذِ الْحُكْمِ قَبْلَ ظُهُورِ وَجْهِهِ، وَالصُّلْحِ بَيْنَ الْخُصُومِ، وَتَلْقِينِ الْقَاضِي الْخَصْمَ بِحُجَّتِهِ، وَفَتْوَى الْقَاضِي فِي الأَحْكَام، وَحُكْمِ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ، وَإِذَا أَدَّى الْعَدْلُ بِمَا يَعْلَمُ الْقَاضِي خِلاَفَهُ، وَإِذَا عَلِمَ صِدْقَ غَيْرِ الْعَدْلِ، وَحُكْمِ مَنْ أَسَاءَ الأَدَبَ عَلَى الْقَاضِي أَوْ الشَّاهِدِ، وَحُكْمِ الْمُلِدِّ فِي الْخِصَام، وَهَلْ تَبْقَى لَهُ حُجَّةٌ إنْ حَكَمَ عَلَيْهِ؟ هَذَا حَاصِلُ مَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ الْفَصْلُ، وَأَخْبَرَ فِي الْبَيْتِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يُنَفِّذَ الْحُكْمَ قَبْلَ أَنْ يَتَبَيَّنَ لَهُ وَجْهُهُ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا يَحْكُمُ بِالتَّخْمِينِ؛ لِكَوْنِهِ فِسْقًا وَجَوْرًا[١]. وَالتَّخْمِينُ الْحَدْسُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَالْتِبَاسُ الْحُكْمِ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ: إمَّا لِكَوْنِهِ مُلْتَبِسًا فِي نَفْسِهِ بِتَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ وَتَدَاخُلِ دَعْوَى الْمُتَخَاصِمَيْنِ، وَالْوَاجِبُ عَلَى الْقَاضِي فِي هَذَا الْوَجْهِ مُشَاوَرَةُ أَهْلِ الْعِلْمِ، فَإِنْ ظَهَرَ وَجْهُ الْحُكْمِ فَذَاكَ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ جَازَ لَهُ أَنْ يَنْدُبَ لِلصُّلْحِ كَمَا يَقُولُ النَّاظِمُ:

وَالصُّلْحُ يُسْتَدْعَى لَهُ إنْ أُشْكِلاَ ... حُكْمٌ وَإِنْ تَعَيَّنَ الْحَقُّ فَلاَ

وَإِمَّا لِجَهْلِ الْقَاضِي الْحُكْمَ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بَيِّنًا فِي نَفْسِهِ، وَالْوَاجِبُ عَلَى الْقَاضِي فِي هَذَا الْوَجْهِ سُؤَالُ أَهْلِ الْعِلْمِ؛ لأَنَّ الْفَرْضَ أَنَّ الْحُكْمَ بَيِّنٌ فِي نَفْسِهِ، لَكِنْ إنْ جَهِلَهُ هَذَا الْقَاضِي فَلاَ يَجْهَلُهُ غَيْرُهُ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْدُبَهُمْ إلَى الصُّلْحِ فِي هَذَا الْوَجْهِ؛ لأَنَّهُ يَكُونَ مُضَيِّعًا لِحَقِّ مَنْ بَانَ حَقُّهُ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَفِي الْوَجْهَيْنِ مَعًا لَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي تَنْفِيذُ الْحُكْمِ قَبْلَ ظُهُورِ وَجْهِهِ، فَيَشْمَلُهُمَا قَوْلُهُ: «وَلَيْسَ بِالْجَائِزِ....» إلَخْ. أَيْ سَوَاءٌ كَانَ الْحُكْمُ مُشْكِلاً فِي نَفْسِهِ، أَوْ إنَّمَا أَشْكَلَ عَلَى الْقَاضِي فَقَطْ[٢].

---

(١) جامع الأمهات ص ٤٦٤، وقال ابن محرز: ويفسخ هذا الحكم وغيره إذا ثبت عند الغير أنه على هذا حكم. التاج والإكليل ٦/١٣٥.

(٢) قال أبو بكر ابن العربي: لا يجوز الحكم بالفراسة وذلك لأن مدار حكم الحاكم هو في الظاهر على كلام الخصمين لا حظ له في الباطن؛ لأنه لا يبلغه علمه فلا ينفذ فيه حكمه. توضيح الأحكام للتوزري ١/٣٦،=

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَالصُّلْحُ يُسْتَدْعَى لَهُ إِنْ أَشْكَلاَ ... حُكْمٌ وَإِنْ تَعَيَّنَ الْحَقُّ فَلاَ

مَا لَمْ يَخَفْ بِنَافِذِ الْأَحْكَامِ ... فِتْنَةً أَوْ شَحْنَا أُولِي الْأَرْحَامِ

يَعْنِي: أَنَّ الْقَاضِيَ إِذَا أَشْكَلَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ فَإِنَّهُ يَدْعُو الْخَصْمَيْنِ إِلَى الصُّلْحِ، وَيَعْنِي إِذَا كَانَ الْإِشْكَالُ لِتَعَارُضِ بَيِّنَاتٍ وَنَحْوِهَا، لَا إِنْ جَهِلَهُ الْقَاضِي مَعَ كَوْنِهِ ظَاهِرًا فِي نَفْسِهِ كَمَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا، وَأَمَّا إِنْ ظَهَرَ وَجْهُ الْحُكْمِ فَلاَ يَدْعُو لِلصُّلْحِ، بَلْ يُنَفِّذُ الْحُكْمَ مِنْ غَيْرِ مُبَالَاةٍ مِنْ عَذْلِ عَاذِلٍ، وَلَا خِيفَةٍ مِنْ لَوْمَةِ لَائِمٍ، إِلَّا إِذَا خَافَ بِتَنْفِيذِ الْحُكْمِ عَلَى صَمِيمِ الشَّرْعِ حُصُولَ فِتْنَةٍ، أَوْ وُقُوعَ شَحْنَاءَ بَيْنَ أُولِي الْأَرْحَامِ وَذَوِي الْفَضْلِ، فَإِنَّهُ يَأْمُرُهُمْ بِالصُّلْحِ وَيَحُضُّهُمْ عَلَيْهِ وَعَلَى الْقَنَاعَةِ بِبَعْضِ الْحَقِّ، وَإِنْ ظَهَرَ وَجْهُ الْحُكْمِ وَكَأَنَّهُ ارْتِكَابٌ لِأَخَفِّ الضَّرَرَيْنِ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَلَا يَدْعُو لِلصُّلْحِ إِنْ ظَهَرَ وَجْهُهُ[(١)]. ثُمَّ قَالَ: وَأَمَرَ بِالصُّلْحِ ذَوِي الْفَضْلِ وَالرَّحِمِ، كَأَنْ خَشِيَ تَفَاقُمَ الْأَمْرِ[(٢)].

وَمَعْنَى «يَسْتَدْعِي» أَيْ: يَدْعُو لَهُ وَيَأْمُرُهُ بِهِ وَفَاعِلُهُ ضَمِيرُ الْقَاضِي، وَضَمِيرُ «لَهُ» لِلصُّلْحِ، وَ«نَافِذُ الْأَحْكَامِ» بِمَعْنَى تَنْفِيذِهَا وَإِبْرَامِهَا، وَفَاعِلُ «يَخَفْ» لِلْقَاضِي.

وَخَصْمٌ إِنْ يَعْجِزْ عَنْ إِلْقَاءِ الْحُجَجْ ... لِمُوجِبٍ لَقَّنَهَا وَلَا حَرَجْ

يَعْنِي أَنَّ الْخَصْمَ إِذَا عَجَزَ عَنْ إِلْقَاءِ حُجَّتِهِ لِمُوجِبٍ مِنْ دَهَشٍ أَوْ خَوْفٍ أَوْ عَمًى، فَإِنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يُلَقِّنَهُ حُجَّتَهُ وَلَا حَرَجَ، وَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ فِي تَلْقِينِهِ إِيَّاهَا، وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ تَلْقِينُ الْفُجُورِ. وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: قَالَ أَشْهَبُ: لِلْقَاضِي أَنْ يَشُدَّ عَلَى عَضُدِ أَحَدِهِمَا إِنْ رَأَى ضَعْفَهُ عَنْ صَاحِبِهِ وَخَوْفَهُ مِنْهُ بِبَسْطِ أَمَلِهِ وَرَجَاءً فِي الْعَدْلِ، أَوْ يُلَقِّنَهُ حُجَّةً عَمِيَ عَنْهَا إِنَّمَا يَمْتَنِعُ تَلْقِينُ أَحَدِهِمَا الْفُجُورَ[(٣)].

=وقال في تبصرة الحكام لابن فرحون ٤/ ٢٥٤: إن مدارك الأحكام معلومة شرعًا مدركة قطعًا، وليست الفراسة منها. انتهى.

(١) مختصر خليل ص ٢٢١.

(٢) مختصر خليل ص ٢٢٠.

(٣) منح الجليل ٨/ ٣١٩.

وَفِي الْمُقَرِّبِ: إِذَا قَالَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ مَقَالَةً يَنْتَفِعُ بِهَا صَاحِبُهُ، فَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ هَاتِ قِرْطَاسًا أَكْتُبْ لَهُ فِيهِ مَقَالَةً، وَيُنَبِّهُهُ عَلَى ذَلِكَ إِنْ غَفَلَ عَنْهُ وَلَوْ لَمْ يَطْلُبْهُ. اهـ.

وَفَاعِلُ «لَقَّنَ» يَعُودُ عَلَى الْقَاضِي.

وَمُنِعَ الإِفْتَاءُ لِلْحُكَّامِ فِي كُلِّ مَا يَرْجِعُ لِلْخِصَامِ

يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُفْتِيَ فِي الْخُصُومَاتِ.

قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا يُفْتِي الْحَاكِمُ فِي الْخُصُومَاتِ[1].

وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لَا بَأْسَ بِهِ كَالْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ[2].

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَكَانَ سَحْنُونٌ إِذَا أَتَاهُ رَجُلٌ يَسْأَلُهُ عَنْ مَسْأَلَةٍ مِنَ الْأَحْكَامِ لَمْ يُجِبْهُ، وَقَالَ: هَذِهِ مَسْأَلَةُ خُصُومَةٍ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ رَجُلٌ مُتَفَقِّهٌ، فَيَسْأَلُ عَلَى جِهَةِ التَّعْلِيمِ أَوْ يَسْأَلُ عَنْ مَسَائِلِ الْوُضُوءِ أَوْ الزَّكَاةِ، وَنَسَبَ ابْنُ الْمُنَاصِفِ[3] الْقَوْلَ بِهِ إِلَى مَالِكٍ وَنَسَبَهُ ابْنُ الْحَارِثِ لِسَحْنُونٍ، وَحُمِلَ هَذَا الْقَوْلُ عَلَى أَنَّهُ نَفْسُ الْخُصُومَةِ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ، وَحُمِلَ قَوْلُ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ بِإِبَاحَةِ الْفُتْيَا لِلْقَاضِي عَلَى أَنَّهَا فِي جُمْلَةِ الْأَشْيَاءِ، وَلَمْ يُعَيِّنْ الْخُصُومَةَ بِعَيْنِهَا. اهـ[4].

وَفِي الشُّهُودِ يَحْكُمُ الْقَاضِي بِمَا يَعْلَمُ مِنْهُمْ بِاتِّفَاقِ الْعُلَمَا

وَفِي سِوَاهُمْ مَالِكٌ قَدْ شَدَّدَا فِي مَنْعِ حُكْمِهِ بِغَيْرِ الشُّهَدَا

وَقَوْلُ سَحْنُونٍ بِهِ الْيَوْمَ الْعَمَلْ فِيمَا عَلَيْهِ مَجْلِسُ الْحُكْمِ اشْتَمَلْ

---

(١) جامع الأمهات ص ٤٦٣.

(٢) جامع الأمهات ص ٤٦٣.

(٣) محمد بن عيسى بن محمد بن أصبغ، أبو عبد الله بن المناصف الأزدي القرطبي، نزيل إفريقية، قاض متفنن في العلوم، ولد سنة ٥٦٣ هـ، ولي قضاء بلنسية، ثم قضاء مرسية، حج وأقام بمصر قليلاً، وعاد فمات بمراكش سنة ٦٢٠ هـ. له مصنفات منها (المذهب في الحلى والشيات) و(تنبيه الحكام) في سيرة القضاة وقبول الشهادات وتنفيذ الأحكام والحسبة، وكتاب في (أصول الدين). انظر: معجم المؤلفين ١١/١٠٧، والمغرب في حلى المغرب ١/١٠٥.

(٤) قال خليل في التوضيح: المشهور أنه لا يفتي في الخصام؛ لأن إفتاءه في ذلك من إعانة الخصوم على الفجور؛ لأنهم إذا عرفوا مذهب القاضي تحيلوا عليه في التوصل على ذلك المذهب أو في الانتقال عنه. التوضيح ٧/٤١٤.

يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِيَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِمَا يَعْلَمُ مِنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ وَجُرْحَتِهِمْ، فَيَسْتَنِدُ فِي ذَلِكَ عَلَى عِلْمِهِ، وَيَحْكُمُ بِشَهَادَةِ مَنْ يَعْلَمُ عَدَالَتَهُ دُونَ مَنْ يَعْلَمُ جُرْحَتَهُ، وَأَمَّا مَنْ عَدَاهُ فَقَدْ شَدَّدَ مَالِكٌ فِي مَنْعِ اسْتِنَادِهِ لِعِلْمِهِ وَحُكْمِهِ بِهِ، وَوَجْهُ اسْتِنَادِهِ لِعِلْمِهِ فِي التَّعْدِيلِ أَوْ التَّجْرِيحِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ لَاحْتَاجَ إِلَى تَعْدِيلِ الْبَيِّنَةِ، وَتَعْدِيلِ مُعَدِّلِهِمْ مَا لَا نِهَايَةَ لَهُ، فَاضْطَرَّ إِلَى الْحُكْمِ بِعِلْمِهِ فِي ذَلِكَ. قَالَهُ ابْنُ يُونُسَ.

وَحَكَاهُ عَنِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَوَجَّهَهُ بَعْضُهُمْ بِشُهْرَةِ حَالَةِ الْعَدَالَةِ وَحَالَةِ الْجُرْحَةِ عِنْدَ النَّاسِ، فَقَلَّ مَا يَنْفَرِدُ الْقَاضِي بِعِلْمِ ذَلِكَ دُونَ غَيْرِهِ فَتَرْتَفِعُ الظِّنَّةُ عَنْهُ، وَتَبْعُدُ التُّهَمَةُ عَنْهُ لِإِشْرَاكِ النَّاسِ مَعَهُ فِي مَعْرِفَةِ مَا حَكَمَ بِهِ فِي حَقِّ الْعَدْلِ أَوْ الْمُجَرَّحِ مِنْ كِلْتَا الْحَالَتَيْنِ، قَالَهُ الْمَازِرِيُّ.

وَإِذَا كَانَ يَعْتَمِدُ فِي ذَلِكَ عَلَى عِلْمِهِ، فَعَلِمَ بِجُرْحَةِ شَخْصٍ وَعَدَّلَهُ آخَرُونَ، فَلاَ يَقْبَلُ تَعْدِيلَهُمْ، وَكَذَا إِنْ عَلِمَ عَدَالَتَهُ فَجُرِّحَ، فَلاَ يَقْبَلُ تَجْرِيحَهُمْ.

فَقَوْلُهُ: «وَفِي سِوَاهُمْ». الضَّمِيرُ لِلشُّهُودِ، أَيْ وَفِي تَجْرِيحِ الشُّهُودِ وَتَعْدِيلِهِمْ، وَشَمَلَ قَوْلُهُ: «وَفِي سِوَاهُمْ». شَهَادَتَهُ بِمَا حَكَمَ بِهِ، وَبِمَا تَحَمَّلَهُ قَبْلَ وِلَايَتِهِ؛ أَيْ فِي وِلَايَتِهِ أَوْ فِي مَجْلِسِ قَضَائِهِ عَلَى قَوْلِ غَيْرِ سَحْنُونٍ.

وَفِي هَذَا الْوَجْهِ كَلَامٌ يَأْتِي قَرِيبًا، فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَإِذَا لَمْ تُقْبَلْ فَإِنَّهُ يَرْفَعُ شَهَادَتَهُ لِغَيْرِهِ، وَيَكُونُ شَاهِدًا لَا حَاكِمًا، كَمَا يَأْتِي لِلنَّاظِمِ قَرِيبًا فِي قَوْلِهِ: «وَحَقُّهُ إِنْهَاءُ مَا فِي عِلْمِهِ...» إلَخْ.

فَقَوْلُهُ: «وَقَوْلُ سَحْنُونٍ بِهِ الْيَوْمَ الْعَمَلْ...» إلَخْ. هُوَ فِي مَعْرَضِ الاِسْتِثْنَاءِ مِنْ قَوْلِهِ: «وَفِي سِوَاهُمْ مَالِكٌ قَدْ شَدَّدَا». يَعْنِي أَنَّ عَمَلَ الْقُضَاةِ الْيَوْمَ إِنَّمَا هُوَ عَلَى قَوْلِ سَحْنُونٍ فِي كَوْنِهِ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِمَا عَلِمَهُ مِنْ إِقْرَارِ الْخَصْمَيْنِ فِي مَجْلِسِ حُكُومَتِهِمَا عِنْدَهُ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْكُمَ إِلَّا بِحَضْرَةِ الشُّهُودِ لِيَحْكُمَ بِشَهَادَتِهِمْ لَا بِعِلْمِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُقْضَى فِيهِ بِعِلْمِهِ فَأَخْذُهُ بِالْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ أَحْسَنُ[1].

وَفِي الْبَيَانِ: قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: وَالَّذِي عَلَيْهِ قُضَاتُنَا بِالْمَدِينَةِ وَقَالَهُ عُلَمَاؤُنَا، وَلَا أَعْلَمُ مَالِكًا قَالَ غَيْرُهُ، أَنَّهُ يَقْضِي عَلَيْهِ بِمَا يَسْمَعُ مِنْهُ وَأَقَرَّ بِهِ عِنْدَهُ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ مُطَرِّفٌ وَأَصْبَغُ وَسَحْنُونٌ.

---

(١) منح الجليل ٨/٢٩٣.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَهُوَ دَلِيلُ قَوْلِهِ ﷺ فِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ وَإِنَّكُمْ لَتَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ» الْحَدِيثَ إِلَى قَوْلِهِ: «فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ»(١). لِأَنَّهُ قَالَ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، وَلَمْ يَقُلْ ﷺ عَلَى مَا ثَبَتَ عِنْدِي مِنْ قَوْلِهِ. اهـ(٢).

وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: لَا يَحْكُمُ بِمَا عَلِمَهُ قَبْلَ وِلَايَتِهِ لَا بَعْدَهَا فِي غَيْرِ مَجْلِسِهِ وَلَا فِيهِ قَبْلَ أَنْ يَتَحَاكَمَا، وَيَجْلِسَا لِلْحُكُومَةِ كَسَمَاعِهِ إِقْرَارَ أَحَدِهِمَا، فَلَمَّا تَقَدَّمَا لِلْحُكُومَةِ أَنْكَرَ، وَهُوَ فِيهِ شَاهِدٌ. اهـ(٣).

(فَرْعٌ) مَنْ قَامَ بِرَسْمٍ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ مَيِّتَيْنِ أَوْ غَائِبَيْنِ، وَلَمْ يُوجَدْ مَنْ يَرْفَعُ عَلَى خَطِّهِمَا -وَالْقَاضِي يَعْرِفُ خَطَّهُمَا-، فَلَا يَحْكُمُ بِذَلِكَ الرَّسْمِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحُكْمِ بِعِلْمِهِ. قَالَهُ الْمِكْنَاسِيُّ فِي جَامِعِ مَجَالِسِهِ.

وَفِي كِتَابِ ابْنِ يُونُسَ: وَأَمَّا إِذَا جَلَسَ الْخَصْمَانِ إِلَيْهِ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ وَسَمِعَهُ الْقَاضِي، فَجَائِزٌ أَنْ يَقْضِيَ بِهِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ كَانَ غَيْرَ هَذَا لَاحْتَاجَ أَنْ يُحْضِرَ مَعَهُ شَاهِدَيْنِ أَبَدًا يَشْهَدَانِ عَلَى النَّاسِ، وَبِذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَبِهِ أَخَذَ سَحْنُونٌ. اهـ(٤).

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَعَدْلٌ إِنْ أَدَّى عَلَى مَا عِنْدَهُ ... خِلَافُهُ مُنِعَ أَنْ يَرُدَّهُ

وَحَقُّهُ إِنْهَاءُ مَا فِي عِلْمِهِ ... لِمَنْ سِوَاهُ شَاهِدًا بِحُكْمِهِ

يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ الْعَدْلَ إِذَا أَدَّى شَهَادَتَهُ عِنْدَ الْقَاضِي، وَالْقَاضِي يَعْلَمُ خِلَافَ مَا شَهِدَ بِهِ ذَلِكَ الْعَدْلُ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَرُدَّ شَهَادَتَهُ؛ لِكَوْنِهِ يَعْلَمُ خِلَافَ مَا شَهِدَ بِهِ ذَلِكَ الْعَدْلُ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ، وَلَكِنْ يَرْفَعُ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ لِغَيْرِهِ مِنَ الْقُضَاةِ، أَوْ لِمَنْ حَكَّمَهُ الْخَصْمَانِ فِي نَازِلَتِهِمَا، فَيَكُونُ شَاهِدًا لَا قَاضِيًا، وَيَجْرِي هَذَا الْحُكْمُ أَيْضًا فِي غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا عَلِمَهُ الْقَاضِي، فَإِنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَكِنَّهُ يَرْفَعُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ عَلَى أَنَّهُ شَاهِدٌ لَا حَاكِمٌ، كَمَا قَالَهُ فِي الْمُقَرِّبِ وَلَفْظُهُ: قَالَ سَحْنُونٌ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: سُئِلَ

---

(١) صحيح البخاري (كتاب: الأحكام/باب: موعظة الإمام للخصوم/حديث رقم: ٧١٦٩).

(٢) البيان والتحصيل ٩/ ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٣) التاج والإكليل ٦/ ١٣٦، ومنح الجليل ٨/ ٣٤٤.

(٤) منح الجليل ٨/ ٢٩٥.

مَالِكٌ عَنْ الْخَصْمَيْنِ يَتَخَاصَمَانِ إِلَى الْقَاضِي، فَيُقِرُّ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ بِشَيْءٍ وَلَيْسَ عِنْدَ الْقَاضِي أَحَدٌ غَيْرُهُ، ثُمَّ يَجْحَدُ الْمُقِرُّ، أَتَرَى لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ وَمَقَالِهِ، فَقَالَ: لَا، إِلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ عَلَى إِقْرَارِهِ سِوَى الْقَاضِي، أَوْ يَرْفَعُهُ إِلَى مَنْ فَوْقَهُ، فَيَكُونُ شَاهِدًا لَا حَاكِمًا، وَقَدْ حَكَى ابْنُ يُونُسَ فِي أَوَاخِرِ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ عَنْ سَحْنُونٍ: لَوْ شَهِدَ عِنْدِي عَدْلَانِ مَشْهُورَانِ بِالْعَدَالَةِ، وَأَنَا أَعْلَمُ خِلَافَ مَا شَهِدَا بِهِ لَمْ يَجُزْ أَنْ أَحْكُمَ بِشَهَادَتِهِمَا وَلَا أَنْ أَرُدَّهُمَا لِعَدَالَتِهِمَا، وَلَكِنْ أَرْفَعُ ذَلِكَ لِلأَمِيرِ الَّذِي فَوْقِي، وَأَشْهَدُ بِمَا عَلِمْت وَغَيْرِي بِمَا يَعْلَمُ. اهـ[1].

فَالْمَسْأَلَةُ الْأُولَى: فِي الْمُقَرَّبِ تَقَدَّمَتْ فِي قَوْلِهِ: «وَفِي سِوَاهُمْ...» إلَخْ. وَإِذَا لَمْ يَحْكُمْ بِعِلْمِهِ فَيَرْفَعُ شَهَادَتَهُ لِغَيْرِهِ.

وَالْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: هِيَ مَسْأَلَةُ الْبَيْتَيْنِ، فَقَوْلُهُ: «وَحَقُّهُ...» إلَخْ. يَرْجِعُ لِهَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ مَعًا.

فَقَوْلُ النَّاظِمِ: «شَاهِدًا بِحُكْمِهِ». أَيْ: بِحُكْمِ الشَّاهِدِ، فَكَأَنَّهُ قَصَدَ أَنَّهُ يَنْزِلُ عَنْ رُتْبَةِ حُكْمِهِ إِلَى رُتْبَةِ الشَّاهِدِ وَحُكْمِهِ، وَلَعَلَّ الْمُنَاسِبَ لِهَذَا التَّقْرِيرِ أَنَّ الْبَاءَ فِي «بِحُكْمِهِ» بِمَعْنَى عَلَى وَضَمِيرُ «حُكْمِهِ» لِلشَّاهِدِ، أَيْ: وَحَقُّهُ أَنْ يَرْفَعَ شَهَادَتَهُ لِغَيْرِهِ عَلَى حُكْمِ الشَّاهِدِ وَسَبِيلِهِ، وَالْإِنْهَاءُ هُنَا بِمَعْنَى رَفْعِ الشَّهَادَةِ لَا الْإِنْهَاءُ الْمُصْطَلَحُ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: قَوْلُ الْقَاضِي وَهُوَ عَلَى قَضَائِهِ: حَكَمْت لِفُلَانٍ بِكَذَا. لَا يُصَدَّقُ فِيهِ إِنْ كَانَ بِمَعْنَى الشَّهَادَةِ، مِثْلُ قَوْلِ أَحَدِ الْمُتَخَاصِمَيْنِ عِنْدَ قَاضٍ: حَكَمَ لِي قَاضِي بَلَدِ كَذَا بِكَذَا، أَوْ ثَبَتَ لِي عِنْدَهُ كَذَا، فَيَسْأَلُهُ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ، فَيَأْتِيه مِنْ عِنْدِهِ بِكِتَابٍ: إِنِّي حَكَمْت لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ، أَوْ ثَبَتَ عِنْدِي لَهُ عَلَيْهِ كَذَا. فَهَذَا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ شَاهِدٌ، وَلَوْ جَاءَ رَجُلٌ ابْتِدَاءً لِلْقَاضِي فَقَالَ لَهُ: خَاطِبْ قَاضِيَ بَلَدِ كَذَا بِمَا ثَبَتَ لِي عِنْدَك عَلَى فُلَانٍ، أَوْ بِمَا حَكَمْت لِي بِهِ عَلَيْهِ. فَخَاطَبَهُ بِذَلِكَ لَجَازَ؛ لِأَنَّهُ مُخْبِرٌ لَا شَاهِدٌ كَمَا يَجُوزُ قَوْلُهُ، وَيَنْفُذُ فِيمَا يُسَجِّلُ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ، وَيَشْهَدُ بِهِ مِنْ الْأَحْكَامِ مَا دَامَ عَلَى قَضَائِهِ[2].

(فَرْعٌ) قَالَ الْمُوَثِّقُونَ: وَإِذَا كَانَ عِنْدَ الْقَاضِي شَهَادَةٌ وَسُئِلَ مِنْهُ رَفْعُهَا إِلَى الْقَاضِي

---

(١) منح الجليل ٨/ ٣٦٠، والتاج والإكليل ٦/ ١٤٠.

(٢) البيان والتحصيل ٩/ ٢٨٧.

حَيْثُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ -وَهُوَ بِمَوْضِعٍ بَعِيدٍ-، لَا يَلْزَمُهُ الْأَدَاءُ فِيهِ؛ إِذْ لَوْ كَانَ قَرِيبًا لَلَزِمَهُ الْأَدَاءُ، فَلَهُ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُشْهِدَ بِذَلِكَ شَاهِدَيْنِ فَيَنْقُلَانِهَا عَنْهُ.

وَالثَّانِي: أَنْ يُشْهِدَ عَلَى مُضَمَّنِ شَهَادَتِهِ فِي رَسْمٍ، وَيُؤَدِّي شُهُودُهُ شَهَادَتَهُمْ عِنْدَهُ وَيُخَاطِبُ عَلَيْهِ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يُقَدِّمَ شَخْصًا يُؤَدِّي عِنْدَهُ وَيُخَاطِبُ الْمُقَدِّمَ لَهُ وَيُخَاطِبُ الْقَاضِيَ بِقَبُولِ خِطَابِ الْمُقَدِّمِ، وَذَلِكَ يَتَخَرَّجُ عَلَى الْخِلَافِ، هَلْ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُهُ أَوْ لَا؟ وَظَاهِرُ الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَقِيلَ: يَجُوزُ ذَلِكَ. ذَكَرَ ذَلِكَ كُلَّهُ أَبُو الطَّاهِرِ بْنُ بَشِيرٍ[1].

قَالَ بَعْضُ الشُّيُوخِ: وَكَانَ فُقَهَاءُ غَرْنَاطَةَ يَعْمَلُونَ بِالْوَجْهِ الثَّانِي وَأَهْلُ مَالَقَةَ بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَإِنْ عَلِمَ السُّلْطَانُ الْأَعْلَى لِرَجُلٍ حَقًّا، فَأَرَادَ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ عِنْدَ قَاضِيهِ، فَفِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَقِيلَ: لَا يَشْهَدُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ عِنْدَ نَفْسِهِ يَشْهَدُ[2]. إِذَا هُوَ مُقَدِّمُهُ فَيَئُولَ الْأَمْرُ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ، وَبِالْأَوَّلِ الْقَضَاءُ وَعَلَيْهِ الْفُتْيَا.

وَعِلْمُــهُ بِــصِدْقِ غَــيْرِ الْعَــدْلِ لَا	يُبِــيحُ أَنْ يَقْبَــلَ مَـــا تَحَمَّـــلَا

يَعْنِي أَنَّ عِلْمَ الْقَاضِي بِصِدْقِ مَنْ لَيْسَ بِعَدْلٍ لَا يُبِيحُ لَهُ قَبُولَ شَهَادَتِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ آيِلٌ إِلَى حُكْمِهِ بِعِلْمِهِ، وَسَبَبٌ لِتَطَرُّقِ التُّهْمَةِ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّ شَهَادَةَ غَيْرِ الْعَدْلِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ شَرْعًا، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ حِسًّا، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَقَالَ: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥].

وَحَكَى ابْنُ يُونُسَ عَنْ سَحْنُونٍ قَالَ: لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ لَيْسَا بِعَدْلَيْنِ عَلَى مَا أَعْلَمُ أَنَّهُ

---

(١) الشيخ أبو الطاهر بن بشير التنوخي، كان رحمه الله إمامًا عالمًا مفتيًا جليلاً فاضلاً ضابطًا متقنًا حافظًا للمذهب، إمامًا في أصول الفقه والعربية والحديث من العلماء المبرزين في المذهب، المترفعين عن درجة التقليد إلى رتبة الاختيار والترجيح، وقد ذكر في كتابه (التنبيه) أن من أحاط به علمًا ترقى عن درجة التقليد، وله كتاب (الأنوار البديعة إلى أسرار الشريعة) وله (التنبيه على مبادىء التوجيه)، توفي بعد ٥٢٦ هـ. انظر: الديباج المذهب ١/ ٤٤، ومعجم المؤلفين ١/ ٤٨.

(٢) تبصرة الحكام ٣/ ٤٣٧.

حَقٌّ لَمْ أَقْضِ بِشَهَادَتِهِمَا؛ لِأَنِّي أَقُولُ فِي كِتَابِ حُكْمِي بَعْدَ أَنْ صَحَّتْ عِنْدِي عَدَالَتُهُمَا، وَإِنَّمَا صَحَّ عِنْدِي جُرْحَتُهُمَا، وَقَالَ نَحْوَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ كِنَانَةَ(١).

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَالْحُكْمُ بِرَدِّ شَهَادَةِ الْفَاسِقِ حَقٌّ وَلَوْ شَهِدَ بِحَقٍّ. اهـ.

وَمَنْ جَفَا الْقَاضِيَ فَالتَّأْدِيبُ ... أَوْلَى وَذَا لِلشَّاهِدِ مَطْلُوبُ

وَفَلْتَةٌ مِنْ ذِي مُرُوءَةٍ عَثَرْ ... فِي جَانِبِ الشَّاهِدِ مِمَّا يُغْتَفَرُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ أَسَاءَ الْأَدَبَ عَلَى الْقَاضِي وَجَفَاهُ بِكَلَامٍ لَا يَلِيقُ بِمَنْصِبِهِ فَإِنَّهُ يُؤَدَّبُ، وَتَأْدِيبُهُ أَوْلَى مِنَ الْعَفْوِ عَنْهُ، وَكَذَلِكَ يُؤَدَّبُ مَنْ أَسَاءَ الْأَدَبَ عَلَى الشَّاهِدِ عَلَيْهِ إِلَّا إِنْ كَانَ ذَا مُرُوءَةٍ وَقَعَتْ مِنْهُ فَلْتَةٌ فِي جَانِبِ الشَّاهِدِ، فَإِنَّهُ يُغْتَفَرُ لَهُ ذَلِكَ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «أَقِيلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ»(٢). وَالْجَفَاءُ مَمْدُودٌ، وَهُوَ خِلَافُ الْبِرِّ، وَقَدْ جَفَوْت الرَّجُلَ أَجْفُوهُ جَفَاءً فَهُوَ مَجْفُوٌّ وَلَا تَقُلْ جَفَيْت. قَالَهُ الْجَوْهَرِيُّ(٣).

وَمِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ: قِيلَ لَهُ: أَرَأَيْت الَّذِي يَتَنَاوَلُ الْقَاضِيَ بِالْكَلَامِ فَيَقُولُ: لَقَدْ ظَلَمْتَنِي. قَالَ: إِنَّ ذَلِكَ يُخْتَلَفُ وَلَمْ يَجِدْ فِيهِ تَفْسِيرًا، إِلَّا أَنَّ وَجْهَ مَا قَالَ إِذَا أَرَادَ بِذَلِكَ أَذَاهُ وَكَانَ الْقَاضِي مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ، فَلَهُ أَنْ يُعَاقِبَهُ، وَمَا تُرِكَ ذَلِكَ حَتَّى خَاصَمَ أَهْلُ الشَّرَفِ فِي الْعُقُوبَةِ فِي الْإِلْدَادِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: هَذَا كَمَا قَالَ: إِنَّ لِلْقَاضِي الْفَاضِلِ الْعَدْلِ أَنْ يَحْكُمَ لِنَفْسِهِ فِي الْعُقُوبَةِ عَلَى مَنْ تَنَاوَلَهُ بِالْقَوْلِ وَآذَاهُ، بِأَنْ نَسَبَ إِلَيْهِ الظُّلْمَ وَالْفُجُورَ، وَمُوَاجَهَةً بِحَضْرَةِ أَهْلِ مَجْلِسِهِ، بِخِلَافِ مَا شَهِدَ بِهِ عَلَيْهِ أَنَّهُ آذَاهُ بِهِ وَهُوَ غَائِبٌ؛ لِأَنَّ مَا وَاجَهَهُ بِهِ مِنْ ذَلِكَ هُوَ مِنْ قَبِيلِ الْإِقْرَارِ، وَلَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِالْإِقْرَارِ عَلَى مَنْ انْتَهَكَ مَالَهُ فَيُعَاقِبُهُ لَهُ وَبِتَمَوُّلِ الْمَالِ بِإِقْرَارِهِ، وَلَا يَحْكُمُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ(٤). وَكَذَا قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَالْعُقُوبَةُ فِي هَذَا

---

(١) منح الجليل ٨/ ٣٦٠، والتاج والإكليل ٦/ ١٤٠، وابن كنانة هو أبو عمرو عثمان بن عيسى بن كنانة، من فقهاء المدينة، أخذ عن مالك، وهو الذي قعد في مجلس مالك بعد وفاته، وقيل: بل جلس فيه يحيى بن مالك أولاً، توفي سنة ١٨٦هـ. انظر: ترتيب المدارك ١/ ٢٩٢، وطبقات الفقهاء ١/ ١٤٧.

(٢) سنن أبي داود (كتاب: الحدود/باب: في الحد يشفع فيه/حديث رقم: ٤٣٧٥)، ومسند أحمد (٢٤٩٤٦).

(٣) الصحاح ٦/ ٢٣٠٣.

(٤) البيان والتحصيل ٩/ ١٦٦- ١٦٧.

أَوْلَى مِنَ الْعَفْوِ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ[(١)]: قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ[(٢)] عَنْهُ: إِنْ قَالَ الْخَصْمُ لِمَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ: شَهِدْتَ عَلَيَّ بِالزُّورِ أَوْ بِمَا يَسْأَلُكَ اللهُ عَنْهُ، أَوْ مَا أَنْتَ مِنْ أَهْلِ الدِّينِ أَوْ مِنْ أَهْلِ الْعَدَالَةِ. وَلَمْ يَكُنْ قَائِلُ ذَلِكَ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ؛ يُؤَدَّبُ الْمَعْرُوفُ بِالْإِذَايَةِ بِقَدْرِ جُرْمِهِ، وَقَدْرِ الرَّجُلِ الْمُنْتَهَكِ حُرْمَتُهُ، وَقَدْرِ الشَّاتِمِ فِي إِذَايَةِ النَّاسِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ وَذَلِكَ مِنْهُ فَلْتَةٌ تَجَافَى عَنْهُ[(٣)].

قَالَ الشَّارِحُ: وَيُلْحَقُ بِقَضِيَّةِ الشَّاهِدِ وُقُوعُ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فِي صَاحِبِهِ، فَقَدْ نَقَلَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ: وَإِنْ شَتَمَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ صَاحِبَهُ عِنْدَ الْقَاضِي أَوْ أَسْرَعَ إِلَيْهِ بِغَيْرِ حُجَّةٍ، كَقَوْلِهِ: يَا ظَالِمُ يَا جَائِرُ. فَعَلَيْهِ زَجْرُهُ وَضَرْبُهُ إِلَّا ذَا مُرُوءَةٍ فِي فَلْتَةٍ مِنْهُ فَلَا يَضْرِبُهُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُنْصِفْ النَّاسَ فِي أَعْرَاضِهِمْ لَمْ يُنْصِفْهُمْ فِي أَمْوَالِهِمْ. اهـ[(٤)].

فَلَوْ قَالَ النَّاظِمُ بَدَلَ الشَّطْرِ الْأَخِيرِ مِنْ الْبَيْتِ الثَّانِي: «فِي الْخَصْمِ وَالشَّاهِدِ مِمَّا يُغْتَفَرْ». لَأَفَادَ مَسْأَلَةَ الْوُقُوعِ فِي الْخَصْمِ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ عَاطِفًا عَلَى قَوْلِهِ: وَعَزَّرَ شَاهِدًا بِزُورٍ: وَمَنْ أَسَاءَ عَلَى خَصْمٍ أَوْ مُفْتٍ أَوْ شَاهِدٍ لَا يَشْهَدُ بِبَاطِلٍ كَلِخَصْمِهِ كَذَبْتَ[(٥)]. وَقَالَ قَبْلَهُ: وَتَأْدِيبُ مَنْ أَسَاءَ

---

(١) أبو محمد، ابن أبى زيد، عبد الله بن عبد الرحمن النفزاوى القيروانى، فقيه من أعيان القيروان، مولده ومنشأه ووفاته بها، كان إمام المالكية فى عصره، يُلقب بقطب المذهب وبمالك الأصغر، ولد عام ٣١٠ هـ، كان أبو محمد ابن أبي زيد رحمه الله من أهل الصلاح والورع والفضل، له عدة كتب، منها: (النوادر والزيادات) و(مختصر المدونة) وأشهر كتبه (الرسالة)، توفي عام ٣٨٦ هـ. انظر: شذرات الذهب ٣/١٣١. ومعجم المؤلفين ٦/٧٣، وسير أعلام النبلاء ١٧/١٠.

(٢) محمد بن عبد السلام (سحنون) بن سعيد بن حبيب التنوخي، أبو عبد الله، فقيه مالكي مناظر، كثير التصانيف، من أهل القيروان، لم يكن في عصره أحد أجمع لفنون العلم منه، ولد سنة ٢٠٢ هـ، ورحل إلى المشرق سنة ٢٣٥ هـ، وتوفي بالساحل ونقل إلى القيران فدفن فيها سنة ٢٥٦ هـ. ورُثي بثلاث مائة مرثية، كان كريم اليد، وجيهًا عند الملوك، وعالي الهمة، من كتبه (آداب المعلمين) و(أجوبة محمد بن سحنون) في الفقه، و(الرسالة السحنونية) رسالة في فقه المالكية، و(الجامع) في فنون العلم والفقه، و(السير) و(التاريخ) و(آداب المتناظرين) و(الحجة على القدرية). انظر: رياض النفوس ١/٣٤٥، والوافي بالوفيات ٣/٨٦، سير أعلام النبلاء ١٣/٦٠.

(٣) منح الجليل ٨/٢٧٧.

(٤) منح الجليل ٨/٢٧٦.

(٥) مختصر خليل ص ٢١٩.

عَلَيْهِ إِلَّا فِي مِثْلِ اتَّقِ اللهَ فِي أَمْرِي فَلْيَرْفُقْ بِهِ[١].

وَمَــنْ أَلَــدَّ فِي الْخِــصَامِ وَانْــتَهَجْ ... نَهْـجَ الْفِــرَارِ بَعْــدَ إِتْمَـامِ الْحُجَــجْ

يُنَفِّــذُ الْحُكْــمَ عَلَيْــهِ الْحَكَــمْ ... قَطْعًــا لِكُــلِّ مَــا بِــهِ يُخْتَــصَمْ

وَغَــيْرُ مُــسْتَوْفٍ لَهَــا إِنْ اسْــتَتَرْ ... لَمْ تَنْقَطِــعْ حُجَّتُــهُ إِذَا ظَهَــرْ

لَكِــنَّمَا الْحُكْــمَ عَلَيْــهِ يُمْــضِي ... بَعْــدَ تَلَــوُّمٍ لَــهُ مَــنْ يَقْــضِي

يَعْنِي أَنَّ الْخَصْمَ إِذَا أَلَدَّ فِي الْخِصَامِ؛ أَيْ أَكْثَرَ الْخُصُومَةَ وَسَلَكَ طَرِيقَ الْفِرَارِ وَفَرَّ مِنَ الْقَضَاءِ وَالْحُكْمِ عَلَيْهِ، وَتَغَيَّبَ عَنْ مَجْلِسِ الْحُكْمِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أَتَمَّ حُجَّتَهُ وَاسْتَوْفَى مِنْ الْآجَالِ مَعْذِرَتَهُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُنَفِّذُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ وَيُمْضِيه وَيَقْطَعُ خُصُومَتَهُ، وَلَا تُرْجَى لَهُ حُجَّةٌ، وَلَا تُسْمَعُ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بَيِّنَةٌ.

وَإِنْ كَانَ فِرَارُهُ وَتَغَيُّبُهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ حُجَّتَهُ، وَيَسْتَقْصِيَ فِي إِبْطَالِ دَعْوَى خَصْمِهِ مَنْفَعَتَهُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُنَفِّذُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ أَيْضًا، لَكِنْ بَعْدَ التَّلَوُّمِ لَهُ وَالتَّأَنِّي لَهُ مِنْ غَيْرِ قَطْعٍ لِمَا يَأْتِي بِهِ مِنْ الْحُجَّةِ، بِهَذَا جَرَى الْعَمَلُ وَاقْتَضَاهُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ النَّظَرُ.

فَفِي سَمَاعِ أَشْهَبَ: قَالَ: كَتَبَ ابْنُ غَانِمٍ[٢] إِلَى مَالِكِ بْنِ أَنَسٍ يَسْأَلُهُ عَنْ الْخَصْمَيْنِ يَخْتَصِمَانِ إِلَيْهِ فِي الْأَرْضِ، فَيُقِيمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بَيِّنَةً بِأَنَّهَا لَهُ، فَإِذَا عَلِمَ بِذَلِكَ الَّذِي قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ هَرَبَ وَتَغَيَّبَ فَطُلِبَ فَلَمْ يُوجَدْ، أَيُقْضَى عَلَيْهِ وَهُوَ غَائِبٌ؟ فَقَالَ مَالِكٌ لِكَاتِبِهِ: اُكْتُبْ إِلَيْهِ إِذَا ثَبَتَتْ عِنْدَكَ الْحُجَجُ وَسَأَلْته عَمَّا تُرِيدُ أَنْ تَسْأَلَهُ عَنْهُ عِنْدَكَ فَلَمْ تَبْقَ لَهُ حُجَّةٌ بِنَعَمْ، فَاقْضِ عَلَيْهِ وَهُوَ غَائِبٌ[٣].

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: هَذَا كَمَا قَالَ: إِنَّهُ إِنْ تَغَيَّبَ بَعْدَ أَنْ اسْتَوْفَى جَمِيعَ حُجَجِهِ وَهَرَبَ فِرَارًا مِنْ الْقَضَاءِ عَلَيْهِ، إِنَّهُ يَقْضِي عَلَيْهِ وَيُعْجِزُهُ، وَلَا يَكُونُ لَهُ إِذَا قَدِمَ أَنْ يَقُومَ بِحُجَّتِهِ، بِمَنْزِلَةِ

---

(١) مختصر خليل ص ٢١٨.

(٢) عبد الله بن عمر بن غانم بن شرحبيل الرعيني، أبو عبد الرحمن، قاض فقيه ورع، ولد سنة ١٢٨ هـ، من سكان إفريقية، دخل الشام والعراق في طلب العلم، وولاه هارون الرشيد قضاء إفريقية سنة ١٧١ هـ، فاستمر قاضيًا إلى أن مات في القيروان سنة ١٩٠ هـ. كان من الثقات، جمع ما سمعه من الإمام مالك بن أنس في كتاب سماه (ديوان ابن غانم). انظر: رياض النفوس ١/١٤٣. ومعجم المؤلفين ٦/٩٧.

(٣) البيان والتحصيل ٩/١٩١.

أَنْ لَوْ قُضِيَ عَلَيْهِ وَهُوَ حَاضِرٌ. قَالَ: وَأَمَّا إِنْ هَرَبَ وَتَغَيَّبَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ حُجَجِهِ، فَالْوَاجِبُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَتَلَوَّمَ لَهُ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ وَتَمَادَى عَلَى تَغَيُّبِهِ وَاخْتِفَائِهِ؛ قَضَى عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْطَعَ حُجَّتَهُ. وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ[(١)].

قَالَ الشَّارِحُ مَا مَعْنَاهُ: إِنَّ الْهَارِبَ مِنَ الْقَضَاءِ وَالْحُكْمِ عَلَيْهِ إِمَّا قَبْلَ حُضُورِهِ مَجْلِسَ الْحُكْمِ وَهُوَ الْمُتَقَدِّمُ فِي قَوْلِهِ: وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعَ... إِلَخْ. وَإِمَّا بَعْدَ حُضُورِهِ مَجْلِسَ الْحُكْمِ فَفِي ذَلِكَ وَجْهَانِ: قَبْلَ تَمَامِ حُجَّتِهِ أَوْ بَعْدَ تَمَامِهَا، وَهَذَا الَّذِي تَكَلَّمَ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ.

«وَأَلَدَّ» أَكْثَرَ الْخُصُومَةَ «وَالْمُلِدُّ» شَدِيدُ الْخُصُومَةِ، وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَيْهِ عِنْدَ قَوْلِهِ: «وَأُجْرَةُ الْعَوْنِ... إِلَخْ». مَعْنَى «انْتَهَجْ» نَهَجَ الْفِرَارَ سَلَكَ طَرِيقَ الْفِرَارِ؛ أَيْ فَرَّ وَهَرَبَ.

قَالَ فِي الصِّحَاحِ: النَّهْجُ الطَّرِيقُ الْوَاضِحُ، وَنَهَجْت الطَّرِيقَ إِذَا سَلَكْته، وَفُلَانٌ يَنْهَجُ سَبِيلَ فُلَانٍ، أَيْ يَسْلُكُ مَسْلَكَهُ. اهـ[(٢)].

وَ«الْحُجَجْ» جَمْعُ حُجَّةٍ وَهُوَ مَا يَدْفَعُ بِهِ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ يُثْبِتُ بِهِ لَهَا وَ«الْحُكْمَ» بِضَمٍّ فَسُكُونٍ مَفْعُولُ يُنَفِّذُ وَ«الْحَكَمُ» فَاعِلُ يُنَفِّذُ وَهُوَ بِفَتْحَتَيْنِ الْقَاضِي وَ«قَطْعًا» مَصْدَرٌ فِي مَوْضِعِ الْحَالِ مِنْ «الْحُكْمَ» وَقَوْلُهُ: «وَغَيْرُ مُسْتَوْفٍ» هُوَ مُقَابِلُ قَوْلِهِ: «عِنْدَ إِتْمَامِ الْحُجَجِ» وَ«الْحُكْمَ» مَفْعُولُ يُمْضِي وَهُوَ مُضَارِعُ أَمْضَى وَ«بَعْدَ تَلَوُّمٍ» يَتَعَلَّقُ بِيُمْضِي وَ«لَهُ» فِي مَوْضِعِ الصِّفَةِ «لِتَلَوُّمٍ» وَالضَّمِيرُ فِي لَهُ وَعَلَيْهِ لِغَيْرِ الْمُسْتَوْفِي حُجَّتَهُ، وَ«مَنْ يَقْضِي» فَاعِلُ يُمْضِي.

(فَرْعٌ) فِي طُرُرِ ابْنِ عَاتٍ[(٣)]: مَنْ وَجَبَتْ لَهُ يَمِينٌ وَتَغَيَّبَ عَنْ قَبْضِهَا، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُوَكِّلُ مَنْ يَتَقَاضَى لَهُ يَمِينَهُ إِذَا ثَبَتَ عِنْدَهُ غَيْبَةُ الَّذِي وَجَبَتْ لَهُ الْيَمِينُ، وَيُشْهِدُ عَلَى ذَلِكَ[(٤)].

---

(١) البيان والتحصيل ٩/ ١٩٢.

(٢) الصحاح ١/ ٣٤٦.

(٣) أبو محمد هارون بن أحمد بن جعفر بن عات، النفري الشاطبي، قاض من فقهاء المالكية، ولد عام ٥١٢هـ، استقضي بشاطبة وحمدت سيرته، له تآليف منها (الطرر الموضوعة على الوثائق المجموعة)، توفي عام ٥٨٢ هـ. انظر: التكملة لابن الأبار ٧١٥، وطبقات القراء ٢/ ٣٤٥، ومعجم المؤلفين ١٣/ ١٢٧.

(٤) هناك مسألة أخرى في حكم الإلداد، قال ابن العربي: لا يجوز الإلداد لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ أَلَدُّ ٱلْخِصَامِ ﴾ [البقرة: ٢٠٤]. يعني: ذا جدال إذا كلمك وراجعك رأيت لكلامه طلاوة وباطنه باطل، وهذا يدل على أن الجدال لا يجوز إلا بما ظاهره وباطنه سواء. أحكام القرآن ١/ ٢٨٤.

فصل في المقال والجواب

المُرَادُ بِالمَقَالِ دَعْوَى المُدَّعِي، وَبِالْجَوَابِ مَا يُجِيبُ بِهِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ قُيِّدَتْ الدَّعْوَى فِي كِتَابٍ فَهِيَ التَّوْقِيفُ الْآتِي ذِكْرُهُ، وَمِنْ الدَّعْوَى مَا يَجِبُ كَتْبُهُ وَتَقْيِيدُهُ، وَمِنْهَا مَا يَحْسُنُ تَرْكُ تَقْيِيدِهِ، وَمِنْهَا مَا يَجُوزُ فِيهِ الْأَمْرَانِ وَالتَّقْيِيدُ أَحْسَنُ، كَمَا يَأْتِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَمَـــنْ أَبَـــى إِقْـــرَارًا أَوْ إِنْكَـــارَا ... لِخَـــصْمِهِ كُلِّفَـــهُ إِجْبَـــارًا

فَـــإِنْ تَمَـــادَى فَلِطَالِـــبٍ قُـــضِيَ ... دُونَ يَمِـــينٍ أَوْ بِهَـــا وَذَا ارْتُـــضِيَ

تَقَدَّمَ أَنَّ الْخَصْمَيْنِ إِذَا جَلَسَا بَيْنَ يَدَيْ الْقَاضِي وَعَرَفَ المُدَّعِيَ مِنَ المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَأْمُرُ المُدَّعِيَ بِالْكَلَامِ، فَإِنْ ذَكَرَ دَعْوَى صَحِيحَةً لَمْ يَخْتَلَّ فِيهَا شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِهَا المُتَقَدِّمَةِ، أَمَرَ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْجَوَابِ، فَإِنْ أَجَابَ بِالْإِقْرَارِ ارْتَفَعَ النِّزَاعُ، وَإِنْ أَنْكَرَ طُولِبَ المُدَّعِي بِالْبَيِّنَةِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا حَلَفَ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَبُرِّئَ وَتَقَدَّمَ هَذَا كُلُّهُ.

وَكَلَامُ النَّاظِمِ هُنَا حَيْثُ يَمْتَنِعُ المُدَّعَى عَلَيْهِ مِنَ الْجَوَابِ بِإِقْرَارٍ أَوْ إِنْكَارٍ، فَأَخْبَرَ فِي الْبَيْتَيْنِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجِبْ بِإِقْرَارٍ وَلَا بِإِنْكَارٍ، فَإِنَّهُ يُكَلَّفُ الْجَوَابَ وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ، يَعْنِي بِالضَّرْبِ وَالسِّجْنِ، فَإِنْ لَمْ يُجِبْ بِشَيْءٍ، قَضَى لِلطَّالِبِ دُونَ يَمِينٍ تَلْزَمُهُ، وَقِيلَ: بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ. وَهُوَ المُرْتَضَى عِنْدَ النَّاظِمِ، وَأَفْتَى الشَّيْخُ بِعَدَمِ الْيَمِينِ فَقَالَ: وَإِنْ لَمْ يُجِبْ حُبِسَ وَأُدِّبَ، ثُمَّ حَكَمَ بِلَا يَمِينٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: فَإِنْ أَبَى المُدَّعَى عَلَيْهِ مِنَ الْإِقْرَارِ أَوْ الْإِنْكَارِ أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ بِالسِّجْنِ وَالضَّرْبِ، فَإِنْ تَمَادَى عَلَى إِبَايَتِهِ بَعْدَ السِّجْنِ وَالضَّرْبِ، فَقَالَ ابْنُ المَوَّازِ: يَقْضِي عَلَيْهِ بِمَا ادَّعَاهُ عَلَيْهِ خَصْمُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ. وَقَالَ أَصْبَغُ: بَعْدَ الْيَمِينِ. وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى تَثْبُتُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَقَالَ: إِنَّهُ الَّذِي ارْتَضَاهُ أَهْلُ الْعِلْمِ.

وَقَالَ فِي المُقَرِّبِ: وَقَدْ سَأَلَ ابْنُ كِنَانَةَ مَالِكًا عَنْ رَجُلٍ بِيَدِهِ دُورٌ فَأَتَى رَجُلٌ فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الدُّورَ بِحَدِّي. فَقَالَ الَّذِي بِيَدِهِ الدُّورُ: أَقِمْ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا قُلْت، وَأَمَّا أَنَا فَلَا أُقِرُّ وَلَا أُنْكِرُ. فَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُتْرَكُ عَلَى ذَلِكَ وَيُجْبَرُ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يُنْكِرَ.

وَقَالَ المُقْرِي فِي كُلِّيَّاتِهِ الْفِقْهِيَّةِ: كُلُّ مَنْ لَا يَدْفَعُ الدَّعْوَى، فَإِنَّهُ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِلَا يَمِينٍ وَلَوْ كَانَ المُدَّعَى فِيهِ فِي يَدِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: ظَاهِرُ هَذِهِ الْكُلِّيَّةِ مُوَافَقَةُ مَا صَدَّرَ بِهِ الشَّيْخُ أَوَّلًا مِنْ عَدَمِ الْيَمِينِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَوَّازِ. اهـ.

وَهُوَ الَّذِي فِي الْمُخْتَصَرِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَجُمْلَةُ كُلِّفَهُ جَوَابُ مَنْ أَبَى، وَهُوَ بِضَمِّ الْكَافِ وَكَسْرِ اللاَّمِ مُشَدَّدَةً مَبْنِيٌّ لِلنَّائِبِ مَحْذُوفُ الْفَاعِلِ لِلْعِلْمِ بِهِ أَنَّهُ الْقَاضِي، وَالنَّائِبُ ضَمِيرٌ مُسْتَتِرٌ يَعُودُ عَلَى مَنْ أَبَى، وَالضَّمِيرُ الْبَارِزُ مَفْعُولٌ ثَانٍ لِكُلِّفَ، يَعُودُ عَلَى الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ وَأَفْرَدَ الضَّمِيرَ لِلْعَطْفِ بِأَوْ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقْرَأَ كَلَّفَ بِفَتْحِ الْكَافِ وَاللاَّمِ مَبْنِيًّا لِلْفَاعِلِ، وَإِجْبَارًا مَفْعُولٌ مُطْلَقٌ مِنْ مَعْنَى كَلَّفَ لَا مِنْ لَفْظِهِ وَهُوَ مَصْدَرُ أَجْبَرَ الرُّبَاعِيُّ، وَيُقَالُ: جَبَرَهُ جَبْرًا، قَالَ فِي الْقَامُوسِ: جَبَرَهُ عَلَى الْأَمْرِ أَيْ أَكْرَهَهُ كَأُجْبِرُهُ. اهـ.

(فَرْعٌ) قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَإِنْ كَانَ جَوَابُ الْمَطْلُوبِ عَلَى التَّوْقِيفِ، لَا حَقَّ لَهُ عِنْدِي، وَلَمْ يَرُدَّ عَلَى ذَلِكَ. فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يُقْنَعُ مِنْهُ بِذَلِكَ حَتَّى يُقِرَّ بِالسَّلَفِ أَوْ يُنْكِرَهُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَإِذَا ذَكَرَ الْمُدَّعِي دَعْوَاهُ فَمُقْتَضَى الْمَذْهَبِ أَمْرُ الْقَاضِي خَصْمَهُ بِجَوَابِهِ إِنْ اسْتَحَقَّتْ الدَّعْوَى جَوَابًا وَإِلَّا فَلاَ، كَقَوْلِ الْمُدَّعِي: هَذَا أَخْبَرَنِي أَنَّهُ رَأَى هِلاَلَ الشَّهْرِ أَوْ سَمِعَ مَنْ يُعَرِّفُ بِلُقَطَةٍ، وَلَا يَتَوَقَّفُ أَمْرُهُ بِالْجَوَابِ عَلَى طَلَبِ الْمُدَّعِي لِذَلِكَ لِدَلَالَةِ حَالِ التَّدَاعِي عَلَيْهِ[1].

ابْنُ عَرَفَةَ: وَظَاهِرُهُ إِيجَابُ جَوَابِهِ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ: لِي عِنْدَهُ كَذَا. وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ السَّبَبِ مِنْ سَلَفٍ أَوْ مُعَاوَضَةٍ أَوْ عَطِيَّةٍ وَنَحْوِهَا؛ لِجَوَازِ كَوْنِهَا مِنْ أَمْرٍ لَا يُوجِبُ وُجُوبَهَا عَلَيْهِ كَعِدَةٍ أَوْ عَطِيَّةٍ مِنْ مَالِ أَجْنَبِيٍّ. اهـ[2].

وَالْكَتْبُ يَقْتَضِي عَلَيْهِ الْمُدَّعِي مِنْ خَصْمِهِ الْجَوَابَ تَوْقِيفًا دُعِي

«الْكَتْبُ» مَصْدَرٌ، وَهُوَ هُنَا بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ، يَعْنِي أَنَّ الْمَكْتُوبَ الَّذِي يَطْلُبُ الْمُدَّعِي مِنْ خَصْمِهِ الْجَوَابَ عَنْهُ؛ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى دَعْوَاهُ وَتَضَمُّنِهِ إِيَّاهَا يُدْعَى وَيُسَمَّى عِنْدَ الْمُوَثِّقِينَ بِالتَّوْقِيفِ؛ لِكَوْنِ الطَّالِبِ الَّذِي أَمْلاَهُ عَلَى كِتَابِهِ يُوقِفُ عَلَيْهِ الْمَطْلُوبَ وَيَطْلُبُهُ بِالْجَوَابِ عَنْهُ بَيْنَ يَدَيْ الْقَاضِي، وَهَذَا هُوَ الْمُسَمَّى بِالْمَقَالِ أَيْضًا، وَ«الْكَتْبُ» مُبْتَدَأٌ، وَجُمْلَةُ «يَقْتَضِي»

(١) منح الجليل ٨/ ٣١٤.
(٢) منح الجليل ٨/ ٣١٤.

بِمَعْنَى يَطْلُبُ صِفَتَهُ، وَفَاعِلُ «يَقْتَضِي» هُوَ المُدَّعِي، وَ«مِنْ خَصْمِهِ» يَتَعَلَّق بِيَقْتَضِي.

وَ«الْجَوَابَ» مَفْعُولُهُ، وَعَلَيْهِ يَتَعَلَّقُ بِالْجَوَابِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ عَلَى بِمَعْنَى عَنْ وَهُوَ المُنَاسِبُ، وَ«تَوْقِيفًا» مَفْعُولٌ ثَانٍ لِـ«دُعِيَ» وَالْأَوَّلُ ضَمِيرُ «الْكَتْبُ» وَجُمْلَةُ «دُعِي» خَبَرُ «الْكَتْبُ» وَالرَّابِطُ لِجُمْلَةِ الصِّفَةِ بِمَوْصُوفِهَا هُوَ ضَمِيرُ عَلَيْهِ وَلِجُمْلَةِ الْخَبَرِ بِالْمُبْتَدَأِ، وَهُوَ نَائِبُ، «دُعِي» الْعَائِدُ عَلَى «الْكَتْبُ». وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَا يَكُونُ بَيِّنًا إِنْ لَمْ يُجِبْ عَلَيْهِ فِي الْحِينِ فَالْإِجْبَارُ يَجِبْ

وَكُلُّ مَا افْتَقَرَ لِلتَّأَمُّلِ فَالْحُكْمُ نَسْخُهُ وَضَرْبُ الْأَجَلِ

وَطَالِبُ التَّأْخِيرِ فِيمَا سَهُلَا لِقَصْدِ يُمْنَعُهُ وَقِيلَ لَا

يَعْنِي أَنَّ المَقَالَ المُسَمَّى بِالتَّوْقِيفِ إِنْ كَانَ سَهْلاً بَيِّنًا لِلتَّأَمُّلِ قَلِيلَ الْفُصُولِ قَرِيبَ المَعْنَى، فَإِنَّ المَطْلُوبَ يُجْبَرُ عَلَى الْجَوَابِ عَنْهُ فِي الْحِينِ مِنْ غَيْرِ تَرَاخٍ، وَإِنْ كَانَ بِعَكْسِ ذَلِكَ مِنْ كَثْرَةِ الْفُصُولِ وَاخْتِلَافِ المَعَانِي وَالِافْتِقَارِ إِلَى النَّظَرِ وَالتَّأَمُّلِ، فَإِنَّهُ يَحْكُمُ لِلْمَطْلُوبِ بِأَخْذِ نُسْخَةٍ مِنْهُ، وَيُؤَجَّلُ فِي جَوَابِهِ بِقَدْرِ اجْتِهَادِ الْقَاضِي.

قَالَ الشَّارِحُ: وَذَلِكَ مُقْتَضَى مَا نَقَلَهُ المَازِرِيُّ عَنْ ابْنِ أَبِي زَيْدٍ قَالَ: وَبِهِ الْعَمَلُ. وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ.

فَإِنْ طَلَبَ المَطْلُوبُ التَّأْخِيرَ بِالْجَوَابِ فِي المَقَالِ الْقَلِيلِ الْفُصُولِ الْقَرِيبِ المَعَانِي لِمَقْصِدٍ يُبَيِّنُهُ، كَتَوْكِيلِ مَنْ يُجِيبُ عَنْهُ وَمَا أَشْبَهَهُ، فَقِيلَ: يُمْنَعُ مِنْهُ. وَقِيلَ: لَا يُمْنَعُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْهُ، وَلِذَلِكَ قَدَّمَهُ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ فِي هَذَا الْبَيْتِ، وَلَفْظُ «الْإِجْبَارِ» يُقْرَأُ بِنَقْلِ حَرَكَةِ الْهَمْزَةِ لِلسَّاكِنِ قَبْلَهَا، وَجُمْلَةُ يُمْنَعُهُ بِالْبِنَاءِ لِلنَّائِبِ خَبَرُ «طَالِبُ» وَالضَّمِيرُ الْبَارِزُ لِلتَّأْخِيرِ، وَالنَّائِبُ يَعُودُ عَلَى الطَّالِبِ.

(فَرْعٌ) وَفِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ قَالَ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ[1]: وَإِذَا دُعِيَ الْخَصْمُ إِلَى انْتِسَاخِ وَثِيقَةٍ وَقَفَ عَلَيْهَا لِيَقِفَ عَلَى فُصُولِهَا، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَتْ الْوَثِيقَةُ مُخْتَصَرَةً لِلْفَهْمِ لِمَعَانِيهَا، وَيُوقَفُ عَلَيْهَا لِلسَّمَاعِ لَهَا لَمْ يُعْطَ نُسْخَتَهَا، فَإِنْ كَانَتْ طَوِيلَةً كَثِيرَةَ المَعَانِي لَا يُحَاطُ بِفَهْمِ

---

(١) أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني، المعروف بابن الهندي (أبو عمر) فقيه، حافظ لأخبار أهل الأندلس، بصير بعقد الوثائق، ولد لعشر بقين من المحرم سنة ٩٣٢ هـ، وتوفي في رمضان سنة ١٠٠٩ هـ، من مؤلفاته (كتاب في علم الشروط). انظر: معجم المؤلفين ١/ ٢٣٢، الديباج المذهب ١/ ٢٣.

مَعَانِيهَا، وَيَحْتَاجُ إِلَى التَّثَبُّتِ فِيهَا أُعْطِيَ نُسْخَتَهَا. اهـ.

وَفِي ابْنِ عَرَفَةَ: وَفِي تَمْكِينِ المَطْلُوبِ مِنْ نُسْخَةٍ بِمَا شُهِدَ بِهِ عَلَيْهِ مُطْلَقًا، أَوْ إِنْ كَانَتْ فِيمَا يُشْكِلُ، وَيَحْتَاجُ المَطْلُوبُ فِيهِ إِلَى تَدْبِيرٍ وَتَأَمُّلٍ نَقَلَ المَازِرِيُّ عَنْ الْقَاضِي أَبِي طَالِبٍ وَالشَّيْخِ المَازِرِيِّ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ. اهـ. وَنَحْوُهُ فِي ابْنِ سَلْمُونٍ.

وَمِنْ نَوَازِلِ الْأَيْمَانِ وَالدَّعَاوَى مِنَ المِعْيَارِ، سُئِلَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ عَنْ مُتَخَاصِمَيْنِ طَلَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَنْ يُوقِفَهُ عَلَى وَثِيقَةٍ بِيَدِهِ لَهُ فِيهَا حَقٌّ، فَأَجَابَ: إِذَا حَضَرَ الْحُكْمَ وَجَبَ إِخْرَاجُ الْوَثِيقَةِ لِلطَّالِبِ لِيَنْظُرَ فِيهَا، وَلَيْسَ لَهُ الاِمْتِنَاعُ مِنْهُ وَهُوَ مِنْ حَقِّ الطَّالِبِ. انْتَهَى.

وَيُوجِبُ التَّقْيِيدَ لِلْمَقَالِ ... تَشَعُّبُ الدَّعْوَى وَعُظْمُ المَالِ
لِأَنَّهُ أَضْبَطُ لِلأَحْكَامِ ... وَلاِنْحِصَارِ نَاشِئِ الْخِصَامِ
وَحَيْثُمَا الْأَمْرُ خَفِيفٌ بَيِّنُ ... فَالتَّرْكُ لِلتَّقْيِيدِ مِمَّا يَحْسُنُ
فَرُبَّ قَوْلٍ كَانَ بِالْخِطَابِ ... أَقْرَبَ لِلْفَهْمِ مِنَ الْكِتَابِ

تَقَدَّمَ أَنَّ المَقَالَ تَارَةً يَكُونُ صَعْبًا مُتَشَعِّبًا كَثِيرَ الْفُصُولِ وَالمَعَانِي، وَتَارَةً بِخِلاَفِ ذَلِكَ بِحَيْثُ يَكُونُ سَهْلاً بَيِّنَ المَعْنَى ظَاهِرَ المَقْصُود، فَأَخْبَرَ هُنَا أَنَّهُ إِنْ كَانَ كَالْوَجْهِ الْأَوَّلِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُوجِبُ تَقْيِيدَ المَقَالِ، لَا سِيَّمَا إِنْ انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ كَثْرَةُ المَالِ المُتَنَازَعِ فِيهِ؛ لِأَنَّ تَقْيِيدَهُ يَضْبِطُ الْأَحْكَامَ، وَيُحْضِرُ ذِهْنَ الْقَاضِي لِلنَّظَرِ فِي النَّازِلَةِ وَأَطْرَافِهَا، وَيَنْحَصِرُ بِسَبَبِ ذَلِكَ نَاشِئُ الْخِصَامِ؛ لِئَلاَّ يَنْتَقِلَ مِنْ دَعْوَى إِلَى أُخْرَى، وَإِنْ كَانَ المَقَالُ سَهْلاً بَيِّنًا فَتَرْكُ التَّقْيِيدِ لَهُ أَحْسَنُ؛ إِذْ رُبَّمَا كَانَ تَلَقِّي ذَلِكَ بِالْكَلاَمِ مُشَافَهَةً أَقْرَبَ وَأَسْهَلَ مِنْ كَتْبِهِ، وَلَا يَعْنِي النَّاظِمُ أَنَّ تَقْيِيدَ المَقَالِ إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ تَشَعُّبِ الدَّعْوَى وَكَثْرَةِ المَالِ، بَلْ هُوَ مَشْرُوعٌ فِي كُلِّ دَعْوَى، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى مُتَشَعِّبَةً فَتَقْيِيدُهُ وَاجِبٌ، وَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةً ظَاهِرَةً فَيَجُوزُ أَيْضًا، لَكِنْ الْأَوْلَى تَرْكُهُ، وَمَا كَانَ بَيْنَهُمَا فَكَذَلِكَ أَيْضًا، لَكِنْ تَقْيِيدُهُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِلنِّزَاعِ.

وَقَدْ ذَكَرَ لِي بَعْضُ أَشْيَاخِي رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ بَعْضَ الْعُلَمَاءِ الْعَامِلِينَ لَمَّا وُلِّيَ الْقَضَاءَ جَاءَهُ الْأَعْوَانُ عَلَى مُقْتَضَى الْعَادَةِ فَطَرَدَهُمْ وَقَالَ لَهُمْ: مَنْ لَهُ حِرْفَةٌ غَيْرُ هَذِهِ فَلْيَشْتَغِلْ بِهَا، فَلاَ حَاجَةَ لِي إِلَيْكُمْ. وَأَجْلَسَ مَعَهُ عَدْلَيْنِ مَرْضِيَّيْنِ، فَلَمَّا جَاءَهُ الْخَصْمَانِ قَيَّدَ الْعَدْلَانِ دَعْوَى

الْمُدَّعِي وَجَوَابَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْهَا، ثُمَّ تَأَمَّلَ تِلْكَ الدَّعْوَى وَجَوَابَهَا وَفَصَلَ بَيْنَهُمَا. رَحِمَهُ اللَّهُ وَنَفَعَ بِهِ.

وَلَفْظُ «عُظْمُ» فِي الْبَيْتِ -بِضَمِّ الْعَيْنِ وَسُكُونِ الظَّاءِ- اسْمٌ مِنْ الْعِظَمِ -بِكَسْرِهَا قَالَهُ- فِي الْقَامُوسِ.

فصل في الآجال

وَلاِجْتِهَـــادِ الْحَـــاكِمِ الْآجَـــالْ مَوْكُولَـــةٌ حَيْـــثُ لَهَـــا اسْـــتِعْمَالْ

قَوْلُهُ: «فِي الْآجَالِ» أَيْ: فِي بَيَانِ مِقْدَارِ الْآجَالِ وَهُوَ جَمْعُ أَجَلٍ، وَيُطْلَقُ لُغَةً عَلَى وَقْتِ الْمَوْتِ وَحُلُولِ الدَّيْنِ وَمُدَّةِ الشَّيْءِ، وَالْمُرَادُ بِهِ هُنَا الْمُدَّةُ الَّتِي يَضْرِبُهَا الْحَاكِمُ مُهْلَةً لِأَحَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ أَوْ لَهُمَا لِمَا عَسَى أَنْ يَأْتِيَ بِهِ مِنْ الْحُجَّةِ.

قَوْلُهُ «وَلاِجْتِهَادِ الْحَاكِمِ...» إلَخْ. يَعْنِي أَنَّ الْآجَالَ حَيْثُ تُسْتَعْمَلُ فَإِنَّهَا مَوْكُولَةٌ فِي قَدْرِهَا، وَجَمْعِهَا وَتَفْرِيقِهَا إلَى نَظَرِ الْحَاكِمِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: ضَرْبُ الْآجَالِ لِلْمَحْكُومِ عَلَيْهِ فِيمَا يَدَّعِيه مِنْ بَيِّنَةٍ مَصْرُوفٌ لاِجْتِهَادِ الْحَاكِمِ بِحَسَبِ مَا يَظْهَرُ لَهُ مِنْ حَالِ مَنْ ضَرَبَ لَهُ الْآجَالَ، وَالْأَصْلُ فِيهَا قَوْلُ الْفَارُوقِ ﷺ فِي رِسَالَتِهِ إلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ: وَاجْعَلْ لِمَنْ ادَّعَى حَقًّا غَائِبًا، أَوْ بَيِّنَةً أَمَدًا يَنْتَهِي إلَيْهِ، فَإِنْ أَحْضَرَ بَيِّنَةً أَخَذْتَ لَهُ بِحَقِّهِ، وَإِلَّا سَجَّلْت الْقَضِيَّةَ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ أَنْفَى لِلشَّكِّ وَأَجْلَى لِلْعَمَى[1].

وَبِثَلاَثَـــةٍ مِـــنْ الْأَيَّـــامِ أُجِّـــلَ فِي بَعْـــضٍ مِـــنْ الْأَحْكَـــامِ

كَمِثْـــلِ إِحْـــضَارِ الـــشَّفِيعِ لِلـــثَّمَنْ وَالْمُـــدَّعِي النِّـسْيَانَ إِنْ طَـالَ الـزَّمَنْ

وَالْمُـــدَّعِي أَنَّ لَـــهُ مَـــا يَـــدْفَعُ بِـــهِ يَمِينًـــا أَمْرُهَـــا مُسْتَبْـــشَعُ

وَمُثْبِـــتٌ دَيْنًـــا لِمِـــدْيَانٍ وَفِي أَقْـــرَبَ لِلْفَهْـــمِ مِـــنْ الْكِتَـــابِ

وَشَرْطُـــهُ ثُبُـــوتُ الاِسْـــتِحْقَاقِ بِرَسْـــمِ الْإِعْـــذَارُ فِيـــهِ بَـــاقِ

مُرَادُ النَّاظِمِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ وَمَا بَعْدَهَا بَيَانُ مَا حَكَمَ بِهِ الْقُضَاةُ الْمُتَقَدِّمُونَ فِي تَحْدِيدِ الْآجَالِ فِي مَسَائِلَ يَنْقَاسُ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا مَا يُمَاثِلُهَا، فَلاَ مُعَارَضَةَ بَيْنَ تَحْدِيدِهَا وَبَيْنَ كَوْنِهَا مَوْكُولَةً لاِجْتِهَادِ الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِذَلِكَ تَبْقَى النَّفْسُ مُتَشَوِّفَةً لِتَحْدِيدِهَا، وَإِنْ كَانَ لَا يَجِبُ الْوُقُوفُ عِنْدَهُ لِمَا قَرَّرْنَا أَنَّ ذَلِكَ لاِجْتِهَادِ الْحَاكِمِ، فَقَدْ يَرَى قَاضِي الْوَقْتِ خِلاَفَ مَا حَكَمَ بِهِ مَنْ قَبْلَهُ لِمَعْنًى يَخْتَصُّ بِالنَّازِلَةِ الْمَحْكُومِ فِيهَا.

---

(١) البيان والتحصيل ٩/٢٠٥.

قَوْلُهُ: «وَبِثَلاَثَةٍ...» إِلَخْ. يَعْنِي أَنَّ الْعَمَلَ جَرَى عِنْدَ الْقُضَاةِ بِالتَّأْجِيلِ بِثَلاَثَةِ أَيَّامٍ فِي مَسَائِلَ:

وَذَلِكَ كَمَنْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ فِي شِقْصٍ وَطَلَبَ التَّأْجِيلَ لِإِحْضَارِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إِنْ طَلَبَ التَّأْخِيرَ لِيَنْظُرَ، هَلْ يَشْفَعُ أَمْ لاَ؟ فَلاَ يُؤَخَّرُ.

وَكَمَنْ ادُّعِيَتْ عَلَيْهِ دَعْوَى مَالِيَّةٌ فَادَّعَى النِّسْيَانَ لِطُولِ الزَّمَنِ، فَيُؤَجَّلُ لِيَتَذَكَّرَ فَيُقِرُّ أَوْ يُنْكِرُ.

وَكَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ فَادَّعَى أَنَّ عِنْدَهُ مَا يَدْفَعُ عَنْهُ بِهِ تِلْكَ الْيَمِينَ.

قَوْلُهُ: «أَمْرُهَا مُسْتَبْشَعُ» صِفَةُ الْيَمِينِ، وَلَعَلَّ وَصْفَهَا بِذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِتَرْجِيحِ الصُّلْحِ عَلَى الْيَمِينِ فِي دَعْوَى يُتَحَقَّقُ بُطْلاَنُهَا، وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلاَنِ.

وَكَذَلِكَ مَنْ طَلَبَ التَّأْخِيرَ لِإِثْبَاتِ دَيْنٍ لِمِدْيَانِهِ، كَأَنْ يَكُونُ لَكَ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ فَادَّعَى الْعَدَمَ، فَزَعَمْتَ أَنَّ لَهُ دَيْنًا عَلَى غَيْرِهِ وَأَرَدْتَ التَّأْجِيلَ لِإِثْبَاتِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ التَّأْجِيلَ؛ لِإِثْبَاتِ الدَّيْنِ عَلَى مُنْكِرِهِ، «فَلاَمُ» لِمِدْيَانٍ عَلَى هَذَا بِمَعْنَى عَلَى.

وَكَذَلِكَ مَنْ اسْتَحَقَّ رُبْعًا بِشُرُوطِ الاِسْتِحْقَاقِ وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْإِعْذَارُ لِلْمُقَوَّمِ عَلَيْهِ، وَطَلَبَ الْمُسْتَحِقُّ إِخْلاَءَ ذَلِكَ الرُّبْعِ، فَإِنَّهُ يُؤَجَّلُ حَائِزُهُ لِإِخْلاَئِهِ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ.

فَهَذِهِ خَمْسَةُ فُرُوعٍ، وَنَصَّ عَلَى الْأَوَّلِ مِنْهَا فِي الْمُقَرَّبِ، وَعَلَى الثَّالِثِ مِنْهَا الْمُتَيْطِيُّ، وَعَلَى الرَّابِعِ الْجَزِيرِيُّ، نَقَلَ ذَلِكَ الشَّارِحُ فِي شَرْحِهِ.

وَفِي سِوَى أَصْلٍ لَهُ ثَمَانِيَهْ ... وَنِصْفُهَا لِسِتَّةٍ مُوَالِيَهْ

ثُمَّ ثَلاَثَةٌ لِذَاكَ تُتْبَعُ ... تَلَوُّمًا وَأَصْلُهُ تَمَتَّعُوا

يَعْنِي أَنَّ التَّأْجِيلَ فِي غَيْرِ الْأُصُولِ إِحْدَى وَعِشْرُونَ يَوْمًا ثَمَانِيَةٌ ثُمَّ سِتَّةٌ ثُمَّ أَرْبَعَةٌ ثُمَّ ثَلاَثٌ تَلَوُّمًا، وَإِنَّمَا اسْتَثْنَى الْأُصُولَ لِأَنَّ الْكَلاَمَ يَأْتِي عَلَيْهَا، وَكَذَلِكَ تُسْتَثْنَى الْمَسَائِلُ الْخَمْسُ الْمَذْكُورَةُ قَبْلُ وَمَا أَشْبَهَهَا؛ إِذْ لَيْسَ التَّأْجِيلُ بِثَلاَثٍ مَحْصُورًا فِيهَا كَمَا أَشْعَرَ بِذَلِكَ إِدْخَالُ الْكَافِ عَلَيْهَا وَإِنْ لَمْ تُسْتَثْنَ؛ لِتَنَاقُضِ الْكَلاَمِ لِدُخُولِهَا فِي قَوْلِهِ: «وَفِي سِوَى أَصْلٍ».

وَاسْتِعْمَالُ النَّاظِمِ فِي الْبَيْتَيْنِ تَفْرِيقُ الْآجَالِ، وَسَيَأْتِي لَهُ الْكَلاَمُ فِيهَا فِي آخِرِ الْفَصْلِ وَالتَّلَوُّمُ الْأَجَلُ الْأَخِيرُ، وَالْأَصْلُ فِيهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَثَةَ أَيَّامٍ﴾

الْآيَةَ [هود: ٦٥]، وَإِلَيْهِ أَشَارَ آخِرُ الْبَيْتِ الثَّانِي.

قَالَ فِي الْمَقْصِدِ الْمَحْمُودِ: الْآجَالُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الشَّيْءِ الْمُدَّعَى فِيهِ مَا عَدَا الْأُصُولَ لِلْمُثْبِتِ لِدَعْوَاهُ ثَمَانِيَةُ أَيَّامٍ ثُمَّ سِتَّةٌ ثُمَّ أَرْبَعَةٌ ثُمَّ ثَلَاثَةٌ تَلَوُّمًا.

وَقَالَ ابْنُ فَتْحُونٍ[1]: وَالْآجَالُ فِي الدُّيُونِ وَالْحُقُوقِ دُونَهَا فِي الْعَقَارِ وَالْأُصُولِ.

وَفِي أُصُولِ الْإِرْثِ إِنَّ الْمُعْتَبَرْ ... مِنْ عَدَدِ الْأَيَّامِ خَمْسَةَ عَشَرْ

ثُمَّ يَلِي أَرْبَعَةٌ تُسْتَقْدَمُ ... بِضْعُهَا ثُمَّ يَلِي التَّلَوُّمُ

يَعْنِي أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الْآجَالِ وَهُوَ الَّذِي عَبَّرَ عَنْهُ بِعَدَدِ الْأَيَّامِ فِي إِثْبَاتِ الْأُصُولِ مِنْ إِرْثٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي الْإِرْثِ مِنْ غَيْرِ الْأُصُولِ شَهْرٌ كَامِلٌ، إِلَّا أَنَّهُ مُفَرَّقٌ أَيْضًا خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا ثُمَّ ثَمَانِيَةً ثُمَّ أَرْبَعَةً ثُمَّ ثَلَاثَةً تَلَوُّمًا، وَالْمُرَادُ بِالتَّأْجِيلِ هُنَا فِي الْأُصُولِ هُوَ لِإِثْبَاتِهَا، وَفِي قَوْلِهِ قَبْلُ: «وَفِي إِخْلَاءٍ مَا كَالرَّبْعِ». التَّأْجِيلُ لِلْإِخْلَاءِ لَا لِلْإِثْبَاتِ؛ لِأَنَّهُ حَاصِلٌ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ: «وَشَرْطُهُ ثُبُوتُ...» إِلَخْ. وَهَذَا أَيْضًا مَعَ قُرْبِ الْبَيِّنَةِ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ بَعْدُ: «وَفِي أُصُولِ إِرْثٍ» أَوْ سِوَاهُ إِلَى أَنْ قَالَ: «لَكِنْ مَعَ ادِّعَاءِ بُعْدِ الْبَيِّنَهْ».

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَالَّذِي مَضَى عَلَيْهِ عَمَلُ الْحُكَّامِ فِي التَّأْجِيلِ فِي الْأُصُولِ ثَلَاثُونَ يَوْمًا، يُضْرَبُ لَهُ عَشَرَةُ أَيَّامٍ ثُمَّ عَشَرَةُ أَيَّامٍ ثُمَّ يُتَلَوَّمُ لَهُ بِعَشَرَةٍ، أَوْ ثَمَانِيَةٍ ثُمَّ ثَمَانِيَةٍ ثُمَّ ثَمَانِيَةٍ، ثُمَّ يُتَلَوَّمُ لَهُ بِسِتَّةٍ أَوْ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا، ثُمَّ ثَمَانِيَةٍ ثُمَّ أَرْبَعَةٍ، ثُمَّ يُتَلَوَّمُ لَهُ بِتَمَامِ الثَّلَاثِينَ[2]. وَهَذَا الْأَخِيرُ هُوَ الَّذِي فِي الْبَيْتَيْنِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَزَادَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَ الْأُصُولِ الْإِرْثَ حَسْبَمَا نَصَّ عَلَى ذَلِكَ غَيْرُ وَاحِدٍ.

وَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ: أَوْ يَضْرِبُ لَهُ أَجَلًا قَاطِعًا مِنْ ثَلَاثِينَ يَوْمًا يَدْخُلُ فِيهِ التَّلَوُّمُ وَالْآجَالُ كُلُّ ذَلِكَ مَضَى مِنْ فِعْلِ الْقُضَاةِ، وَهَذَا مَعَ حُضُورِ الْبَيِّنَةِ فِي الْبَلَدِ وَإِنْ كَانَتْ

---

(١) محمد بن خلف بن سليمان بن فتحون الأندلسي، أبو بكر، فاضل، نقاد، عارف بالتاريخ، من أهل أوريولة من أعمال مرسية، له في الاستدراك على كتاب (الصحابة) لابن عبد البر، كتاب سماه (التذييل)، وكتاب في أوهام (كتاب الصحابة) المذكور، وآخر في (إصلاح أوهام المعجم لابن قانع) توفي بمرسية سنة ٥٢٠ هـ. انظر: الصلة ٥١٩، والوافي بالوفيات ٣/ ٤٥.

(٢) البيان والتحصيل ٩/ ٢٠٥، ومواهب الجليل ٥/ ١٨١.

غَائِبَةً عَنْ الْبَلَدِ فَيُؤَجَّلُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ اهـ[١].

وَفِي أُصُولِ إِرْثٍ أَوْ سِوَاهُ ... ثَلاَثَةُ الْأَشْهُرِ مُنْتَهَاهُ
لَكِنْ مَعَ ادِّعَاءِ بُعْدِ الْبَيِّنَةِ ... وَمِثْلُهُ حَائِزُ مِلْكٍ سَكَنَهْ
مَعَ حُجَّةٍ قَوِيَّةٍ لَهُ مَتَى ... أَثْبَتَهَا لِنَفْسِهِ مَنْ أَثْبَتَا

يَعْنِي أَنَّ مُنْتَهَى الْآجَالِ فِي الْأُصُولِ كَانَتْ مِنْ إِرْثٍ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ مَعَ بُعْدِ الْبَيِّنَةِ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ، وَكَذَلِكَ مَنْ بِيَدِهِ مِلْكٌ حَائِزٌ لَهُ فَادَّعَاهُ مُدَّعٍ وَأَثْبَتَ دَعْوَاهُ، فَطَلَبَ الْحَائِزُ لِلْمِلْكِ التَّأْجِيلَ لِيَأْتِيَ بِحُجَّةٍ ذَكَرَهَا إِنْ ثَبَتَتْ لَهُ كَانَ أَوْلَى بِالْمَنْزِلِ مِنْ مُدَّعِيهِ، فَإِنَّهُ يُؤَجَّلُ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ أَيْضًا. وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «مُنْتَهَاهُ» أَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يُؤَجِّلَهُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ إِنْ رَآهُ. وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «بُعْدِ الْبَيِّنَةِ» أَنَّ مَا تَقَدَّمَ مِنَ التَّأْجِيلِ فِي الْأُصُولِ بِشَهْرٍ إِنَّمَا هُوَ مَعَ قُرْبِهَا.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيُّ: بَعْدَ ذِكْرِ جُمْلَةٍ مِنَ الْآجَالِ مَا نَصُّهُ: وَفِي الْأُصُولِ الشَّهْرَانِ وَالثَّلاَثَةُ، لَا سِيَّمَا إِذَا ادَّعَى مَغِيبَ الْبَيِّنَةِ.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَالْآجَالُ فِي الْأُصُولِ أَوْ فِي الْعَقَارِ أَبْعَدُ مِنْهَا فِي الدُّيُونِ وَالْحُقُوقِ، وَيَخْتَلِفُ فِي الْآجَالِ فِي الْأُصُولِ بِاخْتِلاَفِ أَحْوَالِ الْمَضْرُوبِ لَهُمْ، فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ: مَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى مِلْكِهِ مَنْزِلًا بِيَدِ رَجُلٍ، فَيَسْأَلُ مَنْ بِيَدِهِ الْمَنْزِلُ، فَيَذْكُرُ حُجَّةً لَوْ قَامَتْ لَهُ بِهَا بَيِّنَةٌ كَانَ أَوْلَى بِالْمَنْزِلِ مِنْ مُدَّعِيهِ وَسَأَلَ ضَرْبَ الْآجَالِ لِإِتْيَانِهِ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى ذَلِكَ، فَأُجِّلَ الْأَجَلَ الْوَاسِعَ الشَّهْرَيْنِ وَالثَّلاَثَةَ، فَيَمْضِي الْأَجَلُ وَلَمْ يُحْضِرْ شَيْئًا وَيَذْكُرُ غَيْبَةَ شُهُودِهِ وَتَفَرُّقَهُمْ، أَيُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ آخَرُ أَوْ يَقْضِي عَلَيْهِ؟ قَالَ: أَمَّا الرَّجُلُ الْمَأْمُونُ الَّذِي لَا يُتَّهَمُ عَلَى الْمُدَّعِي بِبَاطِلٍ وَلَا يَتَقَوَّلُهُ، فَيَزِيدُهُ فِي الْآجَالِ، وَأَمَّا الْمُلِدُّ الَّذِي يَرَى أَنَّهُ يُرِيدُ الْإِضْرَارَ بِخَصْمِهِ، فَلَا يُمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ أَمْرًا يَتَقَارَبُ شَأْنُهُ لَمْ يُخْتَبَرْ كَذِبُهُ فِي مِثْلِهِ.

وَبَيْعُ مِلْكٍ لِقَضَاءِ دَيْنِ ... قَدْ أَجَّلُوا فِيهِ إِلَى شَهْرَيْنِ
وَحَلُّ عَقْدِ شَهْرٍ التَّأْجِيلُ ... فِيهِ وَذَا عِنْدَهُمُ الْمَقْبُولُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ لَهُ أَصْلٌ دَارٌ أَوْ غَيْرُهَا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَيْسَ لَهُ قَضَاءٌ لِدَيْنِهِ إِلَّا مِنْ قِيمَةِ

---

(١) البيان والتحصيل ٩/٢٠٥.

ذَلِكَ الْأَصْلِ، فَإِنَّهُ يُؤَجَّلُ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ لِبَيْعِ أَصْلِهِ لِقَضَاءِ دَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَتَّى فِي الْغَالِبِ الْمُعْتَادِ بَيْعُهُ فِي أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ؛ لِافْتِقَارِهِ إِلَى التَّسْوِيفِ وَمَعْرِفَةِ مَنْ لَهُ رَغْبَةٌ فِي شِرَائِهِ بِتَعْرِيضِهِ لِلْبَيْعِ، وَالشَّهْرَانِ فِي ذَلِكَ مَظِنَّةُ بُلُوغِ الْإِخْبَارِ عَنْ بَيْعِهِ لِمَنْ يُرِيدُ شِرَاءَهُ، وَكَذَا أَجَّلُوا فِي حَلِّ الْعُقُودِ الشَّهْرَ وَنَحْوَهُ.

وَحَلُّ الْعُقُودِ يَكُونُ بِأَشْيَاءَ: إِمَّا بِظُهُورِ تَنَاقُضٍ عَلَى السَّوَاءِ فِي الِاسْتِرْعَاءِ، أَوْ بِظُهُورِ تَنَاقُضٍ فِي الْمَشْهَدِ، وَمَنْ فِي حُكْمِهِ فِي الْأَصْلِ كَاخْتِلَافِ قَوْلٍ وَاضْطِرَابِ مَقَالٍ، أَوْ بِمُضَادَّةِ قَوْلِهِ لِنَصِّ مَا شُهِدَ لَهُ بِهِ، وَإِمَّا بِتَجْرِيحِ شُهُودِهِمَا، وَإِمَّا بِثُبُوتِ اسْتِرْعَاءٍ أَوْ إِقْرَارٍ عَلَى صِفَةٍ بِعَدَاوَةٍ بَيْنَ الشُّهُودِ وَبَيْنَ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ فِي غَيْرِ ذَاتِ اللهِ، وَإِمَّا بِثُبُوتِ اسْتِرْعَاءٍ مَعْرُوفِ السَّبَبِ فِيمَا انْعَقَدَ بِعِوَضٍ أَوْ غَيْرِ مَعْرُوفِ السَّبَبِ فِيمَا انْعَقَدَ بِالتَّبَرُّعِ، وَإِمَّا بِظُهُورِ اسْتِحَالَةٍ فِي مُتُونِ الرَّسْمِ. كَذَا قَالَ الشَّارِحُ فِي أَوَّلِ بَابِ الشَّهَادَةِ.

قَالَ فِي أَحْكَامِ ابْنِ سَهْلٍ[1]: مَنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ النَّاضِّ، فَإِنَّهُ يُؤَجَّلُ فِي بَيْعِ رَبْعِهِ الشَّهْرَ أَوْ أَكْثَرَ إِلَى الشَّهْرَيْنِ، فَهَذَا مَا عِنْدَنَا، قَالَهُ ابْنُ لُبَابَةَ وَابْنُ الْوَلِيدِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيُّ: وَفِي الْإِعْذَارِ فِي الْبَيِّنَاتِ وَحَلِّ الْعُقُودِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا. انْتَهَى.

وَتُجْمَعُ الْآجَالُ وَالتَّفْصِيلُ ... فِي وَقْتِنَا هَذَا هُوَ الْمَعْمُولُ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يُجَمِّعَ الْآجَالَ، وَيُعَيِّنَ لَهَا أَجَلاً مَعْلُومًا، وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَفْصِلَهَا شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ كَمَا تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ: وَفِي سِوَى أَصْلٍ لَهُ ثَمَانِيَهْ... إِلَخْ. وَكَذَا مَا بَعْدَهُ، وَفِي كِلَا الْوَجْهَيْنِ سِعَةٌ، وَالْعَمَلُ الْيَوْمَ عَلَى تَفْصِيلِهَا، وَوَجْهُهُ رَجَاءُ تَمَامِ الْقَضِيَّةِ فِي أَثْنَاءِ الْأَجَلِ، فَلَا يُفْتَقَرُ إِلَى الْأَجَلِ الثَّانِي، وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ فَتُّوحٍ[2]: بِتَفْرِيقِ الْآجَالِ جَرَى الْعَمَلُ وَعَلَيْهِ بُنِيَتْ السِّجِلَّاتُ.

---

(١) عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي القرطبي الغرناطي، أبو الأصبغ، قاضي غرناطة، ولد عام ٤١٣ هـ، أصله من جيان، سكن قرطبة، واستكتب بطليطلة ثم بقرطبة، وولي الشوري بها مدة، ثم ولي القضاء بالعدوة، ثم استقضي بغرناطة، له كتاب (الإعلام بنوازل الأحكام) في الفتاوى وغيرها، وتوفي عام ٤٨٦ هـ. انظر: شجرة النور الزكية ١/ ١٢٢، والأعلام ٥/ ١٠٣.

(٢) إبراهيم بن أحمد العقيلي المغربي الغرناطي، مفتيها المالكي، ويعرف بابن فتوح كان عالم في الفقه والنحو والمنطق، وقيل: إنه مات بغرناطة سنة ٧٦٧ هـ. انظر: الضوء اللامع ١/ ١٧.

فصل في الإعذار

الْإِعْذَارُ مَصْدَرُ أَعْذَرَ إِعْذَارًا إِذَا بَالَغَ فِي طَلَبِ الْعُذْرِ.

وَقَبْلَ حُكْمٍ يَثْبُتُ الْإِعْذَارُ بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَذَا الْمُخْتَارُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ مِنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، فَإِنَّهُ يَجِبُ الْإِعْذَارُ إِلَيْهِ قَبْلَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يُقَالَ لَهُ: أَبَقِيَتْ لَك حُجَّةٌ. فَإِنْ قَالَ: لَا. حَكَمَ عَلَيْهِ، وَإِنْ ذَكَرَ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً أَجَّلَهُ إِلَيْهَا، وَإِنْ ذَكَرَ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً بَعِيدَةً حَكَمَ عَلَيْهِ وَكَتَبَ فِي كِتَابٍ وَمَتَى أَحْضَرَهَا فَهُوَ عَلَى حُجَّتِهِ، وَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَدَّعِ شَيْئًا حُكِمَ عَلَيْهِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥].

وَيَثْبُتُ ذَلِكَ الْإِعْذَارُ بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ، هَذَا هُوَ الْمُخْتَارُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ وَبِهِ الْعَمَلُ، فَقَوْلُهُ: «وَذَا الْمُخْتَارُ». يُحْتَمَلُ أَنْ تَعُودَ الْإِشَارَةُ إِلَى كَوْنِ الْإِعْذَارِ قَبْلَ الْحُكْمِ، وَمُقَابِلُهُ أَنَّهُ بَعْدَهُ، وَهُمَا قَوْلَانِ كَمَا يَأْتِي، وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَعُودَ إِلَى قَوْلِهِ: «بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ». وَيَكُونُ مُقَابِلُهُ أَنَّهُ يَكْفِي الْإِعْذَارُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ لَا يُنَفِّذَ حُكْمَهُ عَلَى أَحَدٍ حَتَّى يُعْذِرَ إِلَيْهِ بِرَجُلَيْنِ، وَإِنْ أَعْذَرَ بِوَاحِدٍ أَجْزَأَهُ، وَاسْتَدَلَّ قَائِلُ هَذَا بِقَوْلِهِ ﷺ: «اُغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[(١)].

وَتُؤْخَذُ صِحَّةُ الِاكْتِفَاءِ بِوَاحِدٍ مِنْ قَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَنُدِبَ مُتَعَدِّدٌ[(٢)]. فِيهِ حَيْثُ جَعَلَ التَّعَدُّدَ مُسْتَحَبًّا لَا وَاجِبًا، وَعَلَى الِاحْتِمَالِ الْأَوَّلِ اقْتَصَرَ الشَّارِحُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: الْإِعْذَارُ سُؤَالُ الْحَاكِمِ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ مُوجِبُ حُكْمٍ هَلْ لَهُ مَا يُسْقِطُهُ[(٣)]؟

قَالَ ابْنُ فَتْحُونٍ وَغَيْرُهُ: لَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي تَنْفِيذُ حُكْمٍ عَلَى أَحَدٍ حَتَّى يُعْذِرَ إِلَيْهِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ﴾ الْآيَةَ [الإسراء: ١٥].

وَفِي مُفِيدِ ابْنِ هِشَامٍ: وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي الْإِعْذَارِ إِلَى الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ، فَقِيلَ: يُعْذِرُ إِلَيْهِ.

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ١٣٢، ومنح الجليل ٨/ ٣٢٤، والحديث رواه البخاري في (كتاب: الوكالة/باب: الوكالة في الحدود/حديث رقم: ٢٣١٥) ـ صحيح مسلم (كتاب: الحدود/باب: من اعترف على نفسه بالزنى/حديث رقم: ١٦٩٨).

(٢) مختصر خليل ص ٢٢٠.

(٣) منح الجليل ٨/ ٣٢٤.

وَحِينَئِذٍ يَحْكُمُ عَلَيْهِ وَبِهِ الْعَمَلُ، وَقِيلَ: يَحْكُمُ عَلَيْهِ. وَبَعْدَ ذَلِكَ يُعْذِرُ إِلَيْهِ، وَعَلَى تَقْدِيمِ الْإِعْذَارِ قَبْلَ الْحُكْمِ ذَهَبَ النَّاظِمُ.

(فَرْعٌ) إِذَا حَكَمَ الْقَاضِي عَلَى مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ مِنْ غَيْرِ إِعْذَارٍ، ثُمَّ وَجَدَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ حُجَّةً، فَلَهُ الْقِيَامُ بِهَا، وَكَذَا إِنْ أَعْذَرَ إِلَيْهِ وَلَمْ يُعْجِزْهُ، نَقَلَهُ الْيَزْنَاسَنِيُّ فِي شَرْحِهِ، وَقَدْ اسْتَطْرَدَ الشَّارِحُ هُنَا ذِكْرَ الْخِلَافِ فِي قَضَاءِ الْقَاضِي بِمَا فَهِمَ مِنْ كَلَامِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَأَنَّهُ اُخْتُلِفَ هَلْ يَجْتَزِي بِمُجَرَّدِ فَهْمِهِ أَوْ لَا مِنْ تَحْقِيقِ مَا يَسْمَعُ مِنْهُمَا دُونَ احْتِمَالٍ؟ وَكَذَا نَقَلَ الْخِلَافَ فِي الشَّهَادَةِ بِالْفَهْمِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: فِي إِعْمَالِ الشَّهَادَةِ بِمَا يَظْهَرُ مَنْ قَصْدِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ وَإِرَادَتِهِ ثَالِثُهَا، وَيُثْبِتُ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ بِذَلِكَ. اهـ.

أَيْ يُبَيِّنُ أَنَّ شَهَادَتَهُ بِالْفَهْمِ لَا بِالتَّصْرِيحِ، ثُمَّ قَالَ الشَّارِحُ مَا حَاصِلُهُ: أَنَّهُ لَا يَبْعُدُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْحُكْمِ وَالشَّهَادَةِ، فَإِنَّ الضَّرُورَةَ تَدْعُو إِلَى الشَّهَادَةِ بِالْفَهْمِ، لَا سِيَّمَا الشَّهَادَةَ الاسترْعَائِيَّة، وَالْحُكْمُ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ إِذْ لَا ضَرُورَةَ تَدْعُو إِلَى إِنْفَاذِ الْحُكْمِ دُونَ تَحْقِيقِ الْفَهْمِ عَلَى الْخَصْمَيْنِ، قَالَ: وَالشَّهَادَةُ الْأَصْلِيَّةُ مِثْلُهُ، وَانْظُرْ الْبَابَ مِنْ تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونَ.

وَشَــاهِدُ الْإِعْــذَارِ غَــيْرُ مُعْمَــلِ ... فِي شَــأْنِهِ الْإِعْــذَارُ لِلتَّسَلْــسُلِ
وَلَا الَّــذِي وَجَّهَــهُ الْقَــاضِي إِلَى ... مَــا كَــانَ كَــالتَّحْلِيفِ مِنْــهُ بَــدَلَا
وَلَا الَّــذِي بَــيْنَ يَدَيْــهِ قَــدْ شَــهِدْ ... وَلَا اللَّفِيــفُ فِي الْقَــسَامَةِ اُعْتُمِــدْ
وَلَا الْكَثِــيرُ فِــيهِمْ الْعُــدُولُ ... وَالْخُلْــفُ فِي جَمِيعِهَــا مَنْقُــولُ

عَدَّدَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ مِنْ الشُّهُودِ الَّذِينَ لَا يُعْذَرُ فِيهِمْ أَيْ لَا يُجَرَّحُونَ خَمْسَةٌ.

الْأَوَّلُ: الشَّاهِدُ عَلَى الْمَحْكُومِ بِالْإِعْذَارِ؛ أَيْ بِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ لَهُ حُجَّةٌ، فَإِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ثُمَّ أَتَى بِحُجَّةٍ تُقْبَلُ لَوْ لَمْ يُعْذَرْ إِلَيْهِ، وَأَنْكَرَ الْإِعْذَارَ فَاسْتَظْهَرَ الْمَحْكُومُ لَهُ بِشَهَادَةِ شَاهِدِ الْإِعْذَارِ، فَأَرَادَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ الْإِعْذَارَ فِي الشَّاهِدِ بِتَجْرِيحِهِ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ مُتَوَقِّفٌ عَلَى الْإِعْذَارِ، فَإِذَا أُمْكِنَ مِنْ تَجْرِيحِ شَاهِدِ الْإِعْذَارِ وَجَرَّحَهُ بَطَلَ وَصَارَ كَالْعَدَمِ، وَتَعَذَّرَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ لِتَوَقُّفِهِ عَلَى الْإِعْذَارِ، وَالْفَرْضُ أَنَّ تَجْرِيحَ

شَاهِدِهِ فَيَتَعَذَّرُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ أَبَدًا، وَهَذَا مُرَادُهُ بِالتَّسَلْسُلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَالْإِعْذَارُ الْأَوَّلُ فِي الْبَيْتِ هُوَ الْمُصْطَلَحُ عَلَيْهِ وَهُوَ قَطْعُ الْحُجَّةِ، وَهُوَ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِتَجْرِيحِ الشُّهُودِ أَوْ حُجَّةِ غَيْرِهِ فَيُقَالُ لِمَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ: شَهِدَ عَلَيْكَ فُلَانٌ وَفُلَانٌ بَقِيَتْ لَكَ حُجَّةٌ، أَيْ مِنْ غَيْرِ تَجْرِيحِهِمَا أَوْ مُعَارَضَةِ شَهَادَتِهِمَا بِمَا يُبْطِلُهَا أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ.

وَالْإِعْذَارُ الثَّانِي الْمُرَادُ بِهِ التَّجْرِيحُ لَا غَيْرُهُ، وَاعْلَمْ أَنَّ هَذَا الْإِعْذَارَ هُوَ مِنْ حَقِّ الْقَاضِي، فَإِذَا كَانَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ حَاضِرًا بَيْنَ يَدَيْ الْقَاضِي وَقْتَ الْإِعْذَارِ لَمْ يُجَرِّحْ شَاهِدَهُ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ بِمَا فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي لَا يُجَرَّحُ، كَمَا يَقُولُهُ النَّاظِمُ: «وَلَا الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ قَدْ شَهِدْ». وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاضِرًا لِكَوْنِهِ مَرِيضًا أَوْ امْرَأَةً لَا تَخْرُجُ، فَوَجَّهَ إِلَيْهِ الْقَاضِي مَنْ يُعْذِرُ إِلَيْهِ، فَلَا يُعْذَرُ أَيْضًا فِي الشَّاهِدِ الْمُوَجَّهِ لِذَلِكَ كَمَا يَقُولُهُ أَيْضًا، وَلَا الَّذِي وَجَّهَهُ الْقَاضِي إِلَى مَا كَانَ كَالتَّحْلِيفِ مِنْهُ بَدَلَا.

فَمَسْأَلَةُ النَّاظِمِ الْمُشَارُ إِلَيْهَا بِقَوْلِهِ: «وَشَاهِدُ الْإِعْذَارِ...» الْبَيْتِ. آيِلَةٌ إِلَى إِحْدَى هَاتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ بَعْدَهَا، وَقَدْ عَادَتْ الْمَسَائِلُ الْخَمْسُ أَرْبَعًا، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا بِالْخُصُوصِ لِإِرَادَةِ التَّنْصِيصِ عَلَى أَعْيَانِ الْمَسَائِلِ، وَإِلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

«وَغَيْرُ مُعْمَلٍ» بِضَمِّ أَوَّلِهِ وَفَتْحِ ثَالِثِهِ اسْمُ مَفْعُولٍ مِنْ أَعْمَلَ، وَفِي شَأْنِهِ يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَالْإِعْذَارُ نَائِبُ فَاعِلِ مُعْمَلٍ.

الثَّانِي: مِنْ الشُّهُودِ الَّذِينَ لَا يُعْذَرُ فِيهِمْ مَنْ وَجَّهَهُ الْقَاضِي نِيَابَةً عَنْهُ لِتَحْلِيفٍ أَوْ حِيَازَةٍ وَنَحْوِهَا.

الثَّالِثُ: الشَّاهِدُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْخَصْمُ بَيْنَ يَدَيْ الْقَاضِي.

قَالَ فِي طُرُرِ ابْنِ عَاتٍ: قَالَ الْبَاجِيُّ: إِنَّمَا يُعْذَرُ فِي الَّذِينَ حَضَرُوا الْحِيَازَةَ إِذَا لَمْ يُوَجِّهْهُمْ الْقَاضِي لِحُضُورِ الْحِيَازَةِ، وَإِنَّمَا تَوَجَّهُوا بِرَغْبَةِ الطَّالِبِ فِي ذَلِكَ، وَأَمَّا إِذَا أَرْسَلَهُمْ الْقَاضِي فَلَا يُبَاحُ الْمَدْفَعُ فِيهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ مَقَامُ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ، وَالْحُجَّةُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٌ ﷺ: «أُغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»(١). فَجَعَلَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ.

---

(١) صحيح البخاري (كتاب: الوكالة/باب: الوكالة في الحدود/حديث رقم: ٢٣١٥) صحيح مسلم (كتاب: الحدود/باب: من اعترف على نفسه بالزنى/حديث رقم: ١٦٩٨).

وَلِمَا ذَكَرَ ابْنُ عَرَفَةَ أَنَّ الْحُكْمَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ الْإِعْذَارِ قَالَ: ظَاهِرُهُ وَلَوْ فِيمَا شَهِدَ بِهِ عَلَى الْخَصْمِ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ، وَلِابْنِ رُشْدٍ يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْبَيِّنَةِ دُونَ إِعْذَارٍ. قَالَهُ ابْنُ الْعَطَّارِ وَفِيهِ اخْتِلَافٌ.

الرَّابِعُ: إِذَا شَهِدَ اللَّفِيفُ وَهُمْ جَمَاعَةٌ غَيْرُ عُدُولٍ وَالنِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ عَلَى أَنَّ فُلَانًا قَتَلَ فُلَانًا، فَقَدْ اُخْتُلِفَ هَلْ ذَلِكَ لَوْثٌ تَجِبُ مَعَهُ الْقَسَامَةُ أَوْ لَيْسَ بِلَوْثٍ؟ وَالْمَشْهُورُ لَيْسَ بِلَوْثٍ، وَعَلَى كَوْنِهِ لَوْثًا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ: «وَلَا اللَّفِيفُ فِي الْقَسَامَةِ اُعْتُمِدَ». فَلَا يَقْدَحُ فِي شَهَادَتِهِمْ عَدَمُ الْعَدَالَةِ وَلَا يُجَرَّحُونَ؛ لِأَنَّ مَنْ قَبِلَ شَهَادَتَهُمْ وَعَدَّهَا لَوْثًا إِنَّمَا دَخَلَ عَلَى أَنَّهُمْ غَيْرُ عُدُولٍ، فَكَيْفَ يُجَرِّحُ مَنْ دُخِلَ عَلَى عَدَمِ عَدَالَتِهِ وَتَجْرِيحِهِ، وَسَتَأْتِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ لِلنَّاظِمِ فِي أَحْكَامِ الدِّمَاءِ فِي أَمْثِلَةِ اللَّوْثِ الْمُوجِبِ لِلْقَسَامَةِ حَيْثُ قَالَ: أَوْ بِكَثِيرٍ مِنْ لَفِيفِ الشُّهَدَا... إِلَخْ.

الْخَامِسُ: شَهَادَةُ الْجَمَاعَةِ الَّذِينَ مِنْهُمْ عُدُولٌ أَوْ غَيْرُهُمْ، فَلَا يُجَرَّحُونَ أَيْضًا، وَلَا يُعْذَرُ فِيهِمْ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَذَكَرَ ابْنُ سَهْلٍ فِي مَسْأَلَةِ أَبِي الْخَيْرِ الزِّنْدِيقِ الْمُلَقَّبِ لِزَنْدَقَتِهِ بِأَبِي الشَّرِّ أَنَّهُ شَهِدَ عَلَيْهِ بِأَنْوَاعٍ كَثِيرَةٍ مِنَ الزَّنْدَقَةِ الْوَاضِحَةِ عَدَدٌ كَثِيرٌ ثَبَتَتْ عَدَالَةُ نَحْوِ عِشْرِينَ مِنْهُمْ، وَأَكْثَرُ مِنْ ضِعْفِهِمْ اسْتِظْهَارًا، فَأَفْتَى قَاضِي الْجَمَاعَةِ مُنْذِرُ بْنُ سَعِيدٍ وَإِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ وَصَاحِبُ صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ أَحْمَدُ بْنُ مُطَرِّفٍ بِقَتْلِهِ دُونَ إِعْذَارٍ، وَأَشَارَ بَعْضُ مَنْ حَضَرَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِأَنْ يُعْذَرَ إِلَيْهِ فَأَخَذَ النَّاظِرُ فِي أَمْرِهِ بِالْقَوْلِ بِعَدَمِ الْإِعْذَارِ. اهـ. مِنَ الشَّارِحِ.

وَفِي التَّوْضِيحِ: لَمَّا ذَكَرَ أَنَّهُ يُعْذَرُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فِي شَهَادَتِهِ مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ مَا نَصُّهُ: أَمَّا لَوْ شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِهِ بِمَحْضَرِ الْقَاضِي، فَهَلْ يُعْذَرُ إِلَيْهِ فِيهِمْ أَوْ لَا يُعْذَرُ لِكَوْنِهِ سَمِعَ إِقْرَارَهُ مَعَهُمْ؟ قَوْلَانِ: الْأَوَّلُ: لِابْنِ الْفَخَّارِ، وَالثَّانِي: مَذْهَبُ الْأَكْثَرِ وَبِهِ مَضَى الْعَمَلُ.

قَالَ صَاحِبُ التَّحْرِيرِ: يُعْذَرُ فِي كُلِّ الشُّهُودِ إِلَّا خَمْسَةً: أَوَّلُهَا: هَذَا. ثَانِيهَا: مَنْ وَجَّهَهُ الْحَاكِمُ مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ. ثَالِثُهَا: الْمُزَكِّي فِي السِّرِّ. رَابِعُهَا: الْمُبَرِّزُ فِي الْعَدَالَةِ وَالْعَمَلُ عَلَى أَنَّهُ يُعْذَرُ فِيهِ بِالْعَدَاوَةِ لَا غَيْرُ. خَامِسُهَا: مَنْ قُبِلَ شَهَادَتُهُ بِالتَّوَسُّمِ.

خَلِيلٌ: وَتَزْدَادُ سَادِسَةٌ نُقِلَتْ عَنْ ابْنِ بَشِيرٍ الْقَاضِي، وَذَلِكَ أَنَّهُ حَكَمَ عَلَى وَزِيرٍ فِي قَضِيَّةٍ وَهُوَ غَائِبٌ فَقَالَ لَهُ الْوَزِيرُ: أَخْبِرْنِي بِمَنْ شَهِدَ عَلَيَّ. فَقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ: مِثْلُكَ لَا يُخْبَرُ

بِمَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ، يَعْنِي وَإِنْ كَانَ نَصَّ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ يُخْبَرُ بِمَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ وَبِالشَّهَادَةِ، فَلَعَلَّ لَهُ حُجَّةً وَإِلَّا حُكِمَ عَلَيْهِ. اهـ.

وَلَيْسَ فِي كَلَامِ النَّاظِمِ مِنْ هَذِهِ السِّتِّ إِلَّا الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ، فَمَجْمُوعُهَا إِذًا تِسْعُ مَسَائِلَ خَمْسَةٌ فِي النَّظْمِ وَأَرْبَعَةٌ فِي التَّوْضِيحِ، وَهِيَ الثَّالِثَةُ وَمَا بَعْدَهَا، وَانْظُرْ تَزْكِيَةَ السِّرِّ فِي قَوْلِهِ: وَشَاهِدٌ تَعْدِيلُهُ بِاثْنَيْنِ. الْبَيْتَيْنِ.

وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ الْخَامِسَةِ -وَهِيَ الشَّهَادَةُ بِالتَّوَسُّمِ- هِيَ شَهَادَةُ أَهْلِ الْقَافِلَةِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ عِنْدَ حَاكِمِ الْقَرْيَةِ أَوْ الْبَلْدَةِ الَّتِي حَلُّوا أَوْ مَرُّوا بِهَا، فَإِنَّ مَالِكًا وَجَمِيعَ أَصْحَابِهِ أَجَازُوا شَهَادَةَ مَنْ شَهِدَ مِنْهُمْ لِبَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفُوا بِعَدَالَةٍ وَلَا سُخْطَةٍ إِلَّا عَلَى التَّوَسُّمِ لَهُمْ بِالْحُرِّيَّةِ وَالْعَدَالَةِ، وَذَلِكَ فِيمَا وَقَعَ بَيْنَهُمْ مِنْ الْمُعَامَلَاتِ فِي ذَلِكَ السَّفَرِ خَاصَّةً، وَالتَّوَسُّمُ مَأْخُوذٌ مِنَ الْوَسْمِ وَهُوَ الْعَلَامَةُ.

وَعَنْهُ ﷺ: «إِنَّ للهِ عِبَادًا يَعْرِفُونَ النَّاسَ بِالتَّوَسُّمِ»[1]. أُنْظُرْ الْبَابَ السَّادِسَ وَالثَّلَاثِينَ فِي الْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ التَّوَسُّمِ مِنْ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونٍ، وَسَتَأْتِي هَذِهِ فِي قَوْلِ النَّاظِمِ:

وَمَنْ عَلَيْهِ وَسْمُ خَيْرٍ قَدْ ظَهَرْ ... زُكِّـيَ إِلَّا فِي ضَرُورَةِ الــسَّفَرْ

---

(١) مسند البزار ٣٢٦/١٣ (٦٩٣٥) والمعجم الوسيط ٢٠٧/٣ (٢٩٣٥).

فصل في خطاب القضاة وما يتصل به

الْخِطَابُ هُوَ أَنْ يَكْتُبَ قَاضِي بَلَدٍ إِلَى قَاضِي بَلَدٍ آخَرَ بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ مِنْ حَقِّ الْإِنْسَانِ مِنْ بَلَدِ الْقَاضِي الْكَاتِبِ عَلَى آخَرَ فِي بَلَدِ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَيُنَفِّذُ الْمَكْتُوبَ إِلَيْهِ ذَلِكَ فِي بَلَدِهِ، فَيَقَعُ الْحُكْمُ هُنَالِكَ عَمَلاً بِقَوْلِهِ: «قُبِلَ وَالْحُكْمُ فِي الْمَشْهُورِ...» الْبَيْتَ.

ثُمَّ الْخِطَابُ لِلرُّسُومِ إِنْ طُلِبْ حَتْمٌ عَلَى الْقَاضِي وَإِلَّا لَمْ يَجِبْ

يَعْنِي أَنَّ خِطَابَ الْقَاضِي لِلرُّسُومِ إِنْ طَلَبَهُ مِنْهُ صَاحِبُهَا، فَهُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ مِنْهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَالرُّسُومُ جَمْعُ رَسْمٍ، وَالْمُرَادُ بِهَا الصُّكُوكُ وَكَانَ اللَّامُ فِي «لِلرُّسُوم» بِمَعْنَى فِي عَلَى حَدِّ ﴿ وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَـٰمَةِ ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أَيْ فِي يَوْمِ الْقِيَامَةِ، أَيْ ثُمَّ خِطَابُ الْقَاضِي لِقَاضٍ آخَرَ فِي الرُّسُومِ فَهُوَ مُتَعَلِّقٌ بِمَحْذُوفٍ صِفَةٍ لِلرُّسُومِ، وَإِنَّمَا قَالَ: فِي الرُّسُومِ؛ لِأَنَّ الْخِطَابَ يَكُونُ بِالرَّسْمِ، وَيَكُونُ بِمُشَافَهَةِ الْقَاضِي لِلْقَاضِي، كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: وَأَنْهَى لِغَيْرِهِ بِمُشَافَهَةٍ إِنْ كَانَ كُلٌّ بِوِلَايَتِهِ وَبِشَاهِدَيْنِ مُطْلَقًا... إِلَخْ[1]. وَكِلَاهُمَا وَاجِبٌ عَلَى الْقَاضِي إِنْ طَلَبَهُ مِنْهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الشَّارِحُ: قَالَ الْمَازِرِيُّ: وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ إِنْ حَكَمَ بِمَا حَكَمَ بِهِ وَبِكُلِّ حُجَّةٍ لَهُ مِنْ تَعْدِيلٍ وَتَجْرِيحٍ وَمُوجِبِ حُكْمِهِ؛ لِيَكُونَ لَهُ حُجَّةً عَلَى الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ إِنْ نَازَعَهُ، وَيَكْتُبُ بِمَا حَكَمَ بِهِ لِحَاضِرٍ عَلَى غَائِبٍ، أَبْهَمَ الْمَكْتُوبَ إِلَيْهِ أَوْ عَيَّنَهُ.

وَفِي سَمَاعِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: مَنْ ثَبَتَ حَقُّهُ عِنْدَ قَاضٍ، فَلَهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ بِذَلِكَ كِتَابًا إِلَى أَيِّ الْآفَاقِ كَانَ، لَا يُسَمِّي قَاضِيًا بِعَيْنِهِ وَلَا بَلَدًا بِعَيْنِهَا.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: هُوَ كَمَا قَالَ اتِّفَاقًا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمَا يُلْحَقُ بِذَلِكَ النَّظَرِ فِي الْخِطَابِ وَفِي مَحَلِّهِ مِنَ الرَّسْمِ الْمُخَاطَبِ بِهِ وَفِي كَيْفِيَّتِهِ.

قَالَ ابْنُ الْمُنَاصِفِ: وَشَأْنُ قُضَاةِ وَقْتِنَا كَتْبُ الْخِطَابِ أَسْفَلَ وَثِيقَةِ ذِكْرِ الْحَقِّ، وَقَدْ يَكُونُ فِي ظَهْرِ الصَّحِيفَةِ أَوْ أَحَدِ عَرْضَيْهَا إِنْ عَجَزَ أَسْفَلَهَا، وَرُبَّمَا كَانَ فِي وَرَقَةٍ مُلْصَقَةٍ بِالْوَثِيقَةِ إِنْ تَعَذَّرَ الْمَوْضِعُ. وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَبْدَأَ بِبَسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، وَاسْتَخَفَّ قُضَاةُ زَمَانِنَا تَرْكَ ذَلِكَ فِي مُخَاطَبَاتِ الْوَثَائِقِ، وَأَرَاهُمْ لِاكْتِفَائِهِمْ بِالِاسْتِفْتَاحِ الْوَاقِعِ فِي صَدْرِ

---

(١) مختصر خليل ٢٢١ .

الْعَقْدِ، وَإِعَادَةُ ذَلِكَ أَوْلَى؛ لأَنَّهُ ابْتِدَاءُ فَصْلٍ غَيْرِ الأَوَّلِ، وَكَيْفِيَّتُهُ أَنْ يَكْتُبَ أَعْلَمَ بِصِحَّةِ الرَّسْمِ الْمُقَيَّدِ فَوْقَ هَذَا عَلَى مَا يَجِبُ، الشَّيْخَ الْفَقِيهَ الأَجَلَّ أَبَا فُلاَنٍ بْنَ فُلاَنٍ، أَدَامَ اللهُ تَوْفِيقَهُ وَتَسْدِيدَهُ، وَلِيُّهُ فِي اللهِ تَعَالَى فُلاَنُ بْنُ فُلاَنٍ وَالسَّلاَمُ عَلَيْكُمْ.

وَذِكْرُهُ تَارِيخَ الْمُخَاطَبَةِ أَحْسَنُ وَأَحْوَطُ لاِحْتِمَالِ عَزْلِ الْقَاضِي الْكَاتِبِ، وَلَمْ يَبْلُغْهُ الْعِلْمُ بِعَزْلِهِ، فَيَدْخُلُهُ الْخِلاَفُ فِي إِعْمَالِ خِطَابِهِ وَعَدَمِ إِعْمَالِهِ؛ وَلأَنَّ الْبَيِّنَةَ الَّتِي خَاطَبَ بِقَبُولِهَا وَثُبُوتِ الْحَقِّ بِهَا رُبَّمَا انْتَقَلَتْ حَالُهُمْ إِلَى جُرْحَةٍ حَدَثَتْ، فَإِذَا تَأَخَّرَ الْعَمَلُ بِذَلِكَ الْخِطَابِ ثُمَّ أَعْذَرَ لِمَنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَلَمْ يَكُنْ تَارِيخٌ أَمْكَنَهُ إِبْطَالُهُ بِإِثْبَاتِ جُرْحَةِ الْبَيِّنَةِ الآنَ، وَلَا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ مَعَ ذِكْرِ التَّارِيخِ لِسَلاَمَةِ وَقْتِ الأَدَاءِ وَالْقَبُولِ مِنَ الْجُرْحَةِ الْحَادِثَةِ، وَإِنَّمَا قَدَّمُوا فِي التَّخَاطُبِ مَفْعُولَ أَعْلَمَ وَهُوَ اسْمُ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ عَلَى الْفَاعِلِ الْكَاتِبِ تَعْظِيمًا لَهُ وَاهْتِمَامًا بِهِ. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ وَبَعْضُهُ بِالْمَعْنَى[١].

وَقَدْ نَقَلَ الشَّيْخُ ابْنُ غَازِيٍّ فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ كَلاَمَ ابْنِ الْمُنَاصِفِ الْمَنْقُولَ آنِفًا فِي شَرْحِ قَوْلِ الْمُدَوَّنَةِ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ: وَإِذَا كَتَبَ قَاضٍ إِلَى قَاضٍ، فَمَاتَ الَّذِي كَتَبَ الْكِتَابَ أَوْ عُزِلَ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ الْكِتَابُ إِلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، أَوْ مَاتَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ أَوْ عُزِلَ وَوَصَلَ الْكِتَابُ إِلَى مَنْ وُلِّيَ بَعْدَهُ، فَالْكِتَابُ جَائِزٌ يُنَفِّذُهُ مَنْ وَصَلَ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا كُتِبَ لِغَيْرِهِ. اهـ[٢].

ثُمَّ اسْتَطْرَدَ ذِكْرَ فُرُوعٍ رَأَيْت إِثْبَاتَهَا هُنَا لِغَرَابَتِهَا بِالنِّسْبَةِ لِلْقَاصِرِ مِثْلِي:

أَحَدُهَا: بِمَ يَثْبُتُ خَطُّ الْقَاضِي الْكَاتِبِ، قَالَ فِيهِ مَا حَاصِلُهُ: إِنَّهُ اتَّفَقَ أَهْلُ عَصْرِنَا عَلَى قَبُولِ كِتَابِ الْقَاضِي فِي الأَحْكَامِ وَالْحُقُوقِ بِمُجَرَّدِ مَعْرِفَةِ خَطِّهِ دُونَ إِشْهَادِهِ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا خَاتَمٍ مَعْرُوفٍ، وَلَا أَعْلَمُ خِلاَفًا فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي لَا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ مَعْرِفَةِ خَطِّهِ دُونَ إِشْهَادِهِ عَلَى ذَلِكَ وَلَا خَاتَمٍ، ثُمَّ وَجَّهُ مَا جَرَى بِهِ الْعَمَلُ.

الثَّانِي: قَالَ ابْنُ الْمُنَاصِفِ: إِنْ ثَبَتَ خَطُّ الْقَاضِي بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ عَارِفَةٍ بِالْخُطُوطِ وَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ عَلَى ذَلِكَ، وَالْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ يَعْرِفُ خَطَّ الْقَاضِي الْكَاتِبِ إِلَيْهِ، فَجَائِزٌ عِنْدِي بِمَعْرِفَةِ قَبُولِهِ خَطَّهُ وَقَبُولِ سَحْنُونٍ كُتُبَ أُمَنَائِهِ بِلاَ بَيِّنَةٍ، يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ بَابِ قَضَاءِ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ الَّذِي لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِهِ؛ لأَنَّ وُرُودَ

---

(١) منح الجليل ٨/٣٦٨.

(٢) المدونة ٤/١٤٤.

كِتَابِ الْقَاضِي عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْحَقِّ كَقِيَامِ بَيِّنَةٍ عِنْدَهُ بِذَلِكَ، فَقَبُولُهُ الْكِتَابَ بِمَا عَرَفَهُ مِنْ خَطِّهِ، كَقَبُولِهِ بِبَيِّنَةٍ بِمَا عَرَفَ مِنْ عَدَالَتِهَا[١].

الثَّالِثُ: قَالَ ابْنُ الْمُنَاصِفِ: وَيَجِبُ عَلَى الْقَاضِي الَّذِي ثَبَتَ عِنْدَهُ كِتَابُ قَاضٍ إِلَيْهِ فِي حَقٍّ يَتَأَخَّرُ الْحُكْمُ فِيهِ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى نَفْسِهِ بِثُبُوتِ ذَلِكَ الْكِتَابِ عِنْدَهُ، الَّذِي قَبِلَهُ بِمَعْرِفَةِ خَطِّهِ؛ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَمَاتَ أَوْ عُزِلَ، وَقَدْ مَاتَ الَّذِي كَتَبَهُ لَهُ أَوْ عُزِلَ وَخَلَفَ مَكَانَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ قَاضٍ آخَرُ، أَلْجَأَ صَاحِبَ الْحَقِّ لإِثْبَاتِ ذَلِكَ الْكِتَابِ عِنْدَهُ بِشُهُودٍ عَلَى الْقَاضِي الَّذِي كَتَبَهُ فِي حَالِ وِلاَيَتِهِ أَنَّهُ كِتَابُهُ؛ إِذْ لَا يُكْتَفَى فِي ذَلِكَ بِمَعْرِفَةِ الْخَطِّ إِنْ كَانَ الَّذِي كَتَبَهُ مَاتَ أَوْ عُزِلَ لِمَا نُبَيِّنُهُ، وَهُوَ أَنَّ ثُبُوتَ كِتَابِهِ بِمُجَرَّدِ الشَّهَادَةِ عَلَى خَطِّهِ كَمُشَافَهَتِهِ بِسَمَاعِ نُطْقِهِ ذَلِكَ، وَسَمَاعِ ذَلِكَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي وِلاَيَتِهِ، وَأَمَّا بَعْدَ عَزْلِهِ فَلاَ. أُنْظُرْ تَمَامَ كَلاَمِهِ إِنْ شِئْتَ.

الرَّابِعُ: قَالَ ابْنُ الْمُنَاصِفِ: وَتَجُوزُ مُخَاطَبَةُ قُضَاةِ الْإِمَامِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ، وَلَوْ وَلَّى بَعْضُ قُضَاةِ الْإِمَامِ قُضَاةً فِي عَمَلِهِ لِبُعْدِ الْمَحَلِّ عَنْهُ صَحَّ مُخَاطَبَتُهُ إِيَّاهُمْ وَمُخَاطَبَةُ بَعْضِهِمْ بَعْضًا إِنْ أَذِنَ لَهُمْ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ قَصَرَهُمْ عَلَى مُخَاطَبَتِهِ لَمْ تَجُزْ مُخَاطَبَةُ بَعْضِهِمْ بَعْضًا؛ لأَنَّهُمْ وُكَلاَؤُهُ فَلاَ يَتَعَدَّوْا مَا حَدَّهُ لَهُمْ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُخَاطِبَهُمْ قَاضِي إِقْلِيمٍ غَيْرِ الَّذِي وَلَّاهُمْ، وَلَا يُخَاطِبُوهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِإِذْنِ الَّذِي وَلَّاهُمْ، وَإِنْ كَانَ تَقْدِيمُ الْقَاضِي قُضَاتَهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ الَّذِي وَلَّاهُ جَازَتْ مُخَاطَبَتُهُمْ مُطْلَقًا فِيمَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ غَيْرِهِمْ.

الْخَامِسُ: قَالَ ابْنُ الْمُنَاصِفِ: وَشَأْنُ قُضَاةِ وَقْتِنَا كَتْبُ الْخِطَابِ فِي أَسْفَلَ وَوَثِيقَةِ ذِكْرِ الْحَقِّ إِلَى آخِرِ كَلاَمِهِ الَّذِي نَقَلْنَاهُ عَنِ الشَّارِحِ أَوَّلَ شَرْحِ هَذَا الْبَيْتِ فَرَاجِعْهُ.

السَّادِسُ: قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ عَمَلُ الْقُضَاةِ بِإِفْرِيقِيَّةَ عَدَمُ تَسْمِيَةِ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَغَالِبُ أَمْرِهِمْ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الَّذِي كَتَبَ الْإِعْلاَمَ هُوَ قَاضِي الْجَمَاعَةِ بِتُونُسَ، فَإِنَّهُ لَا يَكْتُبُ فِي آخِرِ خِطَابِهِ وَالسَّلاَمُ عَلَى مَنْ يَقِفُ عَلَيْهِ وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ، وَإِنْ كَانَ الْكَاتِبُ غَيْرَهُ كَتَبَ فِي إِعْلاَمِهِ لَفْظَ السَّلاَمِ ... إِلَخْ. وَذَكَرَ لِي بَعْضُ مَنْ يُوثَقُ بِهِ أَنَّهُ وَرَدَ خِطَابٌ مِنْ قَاضِي بِجَايَةَ إِلَى تُونُسَ، وَالْقَاضِي بِهَا يَوْمَئِذٍ أَبُو إِسْحَاقَ بْنُ عَبْدِ الرَّفِيعِ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ لَفْظُ السَّلاَمِ، فَتَوَقَّفَ فِي قَبُولِهِ.

---

(١) منح الجليل ٨/٣٦٧.

قَالَ ابْنُ المُنَاصِفِ: وَإِنْ شَاءَ جَعَلَ فِعْلَ الْإِعْلَامَ حَالًا، وَكَتَبَ أُعْلِمُ بِضَمِّ الْهَمْزَةِ وَكَسْرِ اللاَّمِ وَرَفْعِ آخِرِ الْفِعْلِ، ثُمَّ يَقُولُونَ بَعْدَ ذِكْرِ اسْمِ المَكْتُوبِ إِلَيْهِ: وَكَتَبَ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ. وَإِنْ شَاءَ كَتَبَ أَسْفَلَ الْعَقْدِ المُقَيَّدِ فَوْقَ هَذَا، أَوْ صَحَّ بِالرَّسْمِ، أَوْ ثَبَتَ الْحَقُّ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى هَذَا المَعْنَى.

السَّابِعُ: إِنْ اشْتَمَلَتْ الصَّحِيفَةُ عَلَى عُقُودٍ كَثِيرَةٍ صَحَّ جَمِيعُهَا عِنْدَهُ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي خِطَابٍ وَاحِدٍ، فَيَقُولُ: أَعْلَمْتُ الشَّيْخَ الْفَقِيهَ الْقَاضِيَ أَبَا فُلَانٍ بِصِحَّةِ الرُّسُومِ الثَّلَاثَةِ، أَوْ الْأَرْبَعَةِ المُقَيَّدَةِ، أَوْ الرَّسْمَيْنِ المُقَيَّدَيْنِ فَوْقَ كِتَابِي هَذَا أَوْ بِمَقْلُوبِهِ، وَإِنْ صَحَّ بَعْضُهَا دُونَ جَمِيعِهَا نَصَّ عَلَى مَا صَحَّ مِنْهُ، إِمَّا بِأَنْ يَقُولَ المُقَيَّدُ أَوَّلَ هَذَا الصَّفْحِ المُوَالِي لِكِتَابِي هَذَا، أَوْ يُعَيِّنُهُ تَعْيِينًا يَدْفَعُ الْإِشْكَالَ فَيَذْكُرُ الْحَقَّ بِعَيْنِهِ.

الثَّامِنُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْعَقْدِ المُخَاطَبِ عَلَيْهِ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَكَانَ فِيهِ شُهُودٌ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُمْ إِلَّا شَاهِدًا وَاحِدًا خَاطَبَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَذْكُرَ صَحَّ فِي الرَّسْمِ، وَلَا اسْتَقَلَّ وَلَا ثَبَتَ، بَلْ يَقُولُ: أُعْلِمُ الشَّيْخَ الْفَقِيهَ أَبَا فُلَانٍ بِقَبُولِ شَهَادَةِ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ المُسَمَّى عَقِبَ ذِكْرِ الْحَقِّ المُقَيَّدِ فَوْقَ هَذَا فِيمَا شَهِدَ بِهِ مِنْ ذَلِكَ عَلَى مَا يَجِبُ. وَشِبْهُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ، وَهَذَا إِنَّمَا هُوَ فِي الْحُقُوقِ المَالِيَّةِ فَيَحْلِفُ صَاحِبُهَا مَعَ الشَّاهِدِ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ.

وَأَمَّا الْوَكَالَاتُ وَالْحُدُودُ وَمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ فَلَيْسَ لِلْمُخَاطَبَةِ فِيهِ عَلَى الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَجْهٌ إِلَّا إِنْ رُجِيَ أَنْ يُضَافَ إِلَيْهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ المَوْضِعِ شَاهِدٌ آخَرُ، فَإِنْ أَحْلَفَهُ الْقَاضِي الْكَاتِبُ وَثَبَتَتْ يَمِينُهُ عِنْدَهُ بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ كَمَا يَجِبُ قَالَ: أُعْلِمُ الشَّيْخَ الْفَقِيهَ الْقَاضِي أَبَا فُلَانٍ بِصِحَّةِ الرَّسْمِ المُقَيَّدِ فَوْقَ هَذَا بِشَهَادَةِ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ، وَيَمِينِ صَاحِبِ الْحَقِّ المَشْهُودِ لَهُ فُلَانٍ عَلَى صِحَّةِ مَا شُهِدَ لَهُ بِهِ مِنْ ذَلِكَ، وَثُبُوتِهِ عِنْدِي كَمَا يَجِبُ بَعْدَ سُؤَالِهِ الْإِذْنَ مِنِّي فِي الْيَمِينِ المَذْكُورَةِ، وَرَأَيْت إِبَاحَةَ ذَلِكَ كُلِّهِ وَكَتَبَ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ.

التَّاسِعُ: إِنْ كَانَ الْخِطَابُ بِقَبُولِهِ خِطَابًا وَصَلَ إِلَيْهِ كَتَبَ: أُعْلِمُ الشَّيْخَ أَبَا فُلَانٍ بِقَبُولِهِ الْخِطَابَ الثَّابِتَ عِنْدِي المُرْتَسِمَ فَوْقَ هَذَا أَوْ يَمْنَتَهُ أَوْ يَسْرَتَهُ أَوْ مَقْلُوبَهُ.

الْعَاشِرُ: إِذَا لَمْ يَكْتُبْ الْقَاضِي تَحْتَ الْعَقْدِ خِطَابًا يُصَرِّحُ فِيهِ بِالْإِعْلَامِ بِصِحَّةِ ذَلِكَ الْعَقْدِ عِنْدَهُ وَاقْتَصَرَ عَلَى أَنْ كَتَبَ صَحَّ الرَّسْمُ عِنْدِي أَوْ اسْتَقَلَّ وَكَتَبَ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ، فَذَلِكَ لَغْوٌ غَيْرُ جَائِزٍ قَبُولُهُ بِمُجَرَّدِ الْخَطِّ. اهـ.

وَإِلَى كَوْنِ ثَبَتَ وَنَحْوِهِ لَيْسَ بِخِطَابٍ أَشَارَ ابْنُ عَاصِمٍ بِقَوْلِهِ: «وَلَيْسَ يُغْنِي كَتْبُ

قَاضٍ كَاكْتَفَى...» الْبَيْتَيْنِ.

الْحَادِيَ عَشَرَ: مِمَّا تَسَامَحَ فِيهِ أَهْلُ فَاسَ وَعَمَلُهَا، وَلَا يُعْلَمُ لَهُ أَصْلُ شَهَادَةِ عُدُولِهِمْ عَلَى تَسْجِيلِ قَاضِيهِمْ، فَإِذَا وَضَعَ الْقَاضِي خَطَّهُ كَتَبَ الشَّاهِدُ شَهِدَ عَلَى إِشْهَادِ مَنْ ذُكِرَ بِمَا فِيهِ عَنْهُ، فَهَذِهِ شَهَادَةٌ عَلَى خَطِّهِ، وَكَيْفَ تَصِحُّ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّهِ وَقَدْ لَا يَكُونُ بَيْنَ مَقْعَدِهِ وَدُكَّانِ مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ إِلَّا قَدْرَ خُطْوَةٍ أَوْ أَقَلَّ؟ وَمِمَّا يَتَسَامَحُونَ فِيهِ أَيْضًا رُسُومُ إِثْبَاتِ الْأُصُولِ إِذَا ثَبَتَ الرَّسْمُ عِنْدَ الْقَاضِي وَوَقَّعَ عَلَيْهِ اكْتَفَى فَتُحَازُ عَنْهُمْ، كَتَبَ الْمُوَثِّقُ الْحَمْدُ للهِ حَضَرَ عَنْ إِذْنِ قَاضِي الْجَمَاعَةِ إِلَى أَنْ قَالَ: فَحَاصِلُهُ أَنَّ شَاهِدَيْ الْحِيَازَةِ وَهُمَا الشَّاهِدَانِ عَلَى الْقَاضِي بِأَنَّهُ قَدَّمَهُمَا لِلْحِيَازَةِ وَأَذِنَ لَهُمَا فِيهَا، فَكَيْفَ تَصِحُّ شَهَادَتُهُمَا لِأَنْفُسِهِمَا وَقَدْ كَانَ الْعَدْلُ أَبُو عَبْدِ اللهِ بْنُ دِشَارٍ يُحَدِّثُ أَنَّ عَادَتَهُمْ كَانَتْ فِي الْقَدِيمِ أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي الْحِيَازَةِ تَكُونُ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، اثْنَانِ مِنْهُمْ يَشْهَدَانِ عَلَى الْقَاضِي بِصِحَّةِ الرَّسْمِ وَبِتَوْجِيهِ الْآخَرَيْنِ لِلْحِيَازَةِ، وَالِاثْنَانِ الْآخَرَانِ يَشْهَدَانِ عَلَى الْحَائِزَيْنِ بِالْحِيَازَةِ، وَلَا إِشْكَالَ فِي هَذَا.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ -عَفَا اللهُ عَنْهُ-: وَكَانَ الْأَصْلُ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى ثَمَانِيَةِ عُدُولٍ: اثْنَانِ يَشْهَدَانِ بِالْمِلْكِيَّةِ وَاسْتِمْرَارِهَا، وَاثْنَانِ يَشْهَدَانِ عَلَى الْقَاضِي بِتَقْدِيمِ اثْنَيْنِ لِلْحِيَازَةِ، وَاثْنَانِ يَحُوزَانِ؛ أَعْنِي اللَّذَيْنِ قَدَّمَهُمَا الْقَاضِي لِلْحِيَازَةِ يَقُولَانِ: هَذَا الَّذِي حُزْنَاهُ وَتَطَوَّفْنَا بِهِ هُوَ الَّذِي شَهِدَ بِهِ فُلَانٌ وَفُلَانٌ عِنْدَ قَاضِي كَذَا بِأَنَّهُ لِفُلَانٍ الْغَائِبِ مَثَلاً، وَاثْنَانِ يَشْهَدَانِ عَلَى الْحَائِزَيْنِ بِالْحِيَازَةِ، وَيَكْتَفِي بِأَرْبَعَةٍ: اثْنَانِ يَشْهَدَانِ بِالْمِلْكِيَّةِ وَاسْتِمْرَارِهَا، وَاثْنَانِ يَشْهَدَانِ عَلَى الْقَاضِي بِتَقْدِيمِ شُهُودِ الْمِلْكِ لِلْحَوْزِ وَبِأَنَّهُمَا حَازَا، وَلَا يَكْفِي أَنْ يَشْهَدَ الْحَائِزَانِ بِأَنَّ الْقَاضِيَ قَدَّمَهُمَا لِلْحِيَازَةِ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ لِأَنْفُسِهِمَا، وَلَا أَنَّهُمَا حَازَا؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلِ أَنْفُسِهِمَا، وَإِنَّمَا يَقَعُ التَّدَاخُلُ بَيْنَ شَهِيدَيْ الْمِلْكِ وَالْحِيَازَةِ، فَيَكُونُ شَهِيدَيْ الْمِلْكِ هُمَا الْحَائِزَيْنِ وَبَيْنَ شَهِيدَيْ تَقْدِيمِ الْقَاضِي لِلْحِيَازَةِ وَشَهِيدَيْ الْحَوْزِ، فَيَكُونُ شَهِيدَيْ التَّقْدِيمِ عَلَى الْجَوَازِ هُمَا شَاهِدَيْ الْحَوْزِ.

الثَّانِي عَشَرَ: قَالَ فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ أَيْضًا وَفِي النَّوَادِرِ عَنْ الْمَجْمُوعَةِ: إِنْ ثَبَتَ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَنَّ مَنْ كَتَبَ إِلَيْهِ مُسْتَحِقٌّ لِلْقَضَاءِ فِي فَهْمِهِ وَمَعْرِفَتِهِ وَدِينِهِ وَوَرَعِهِ غَيْرُ مَخْدُوعٍ قَبِلَ كِتَابَهُ.

قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْهُ عَنْ أَشْهَبَ: وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَدْلٍ لَمْ يَقْبَلْهُ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: يُكَاتِبُ غَيْرَ الْعَدْلِ بِإِنْفَاذِ الْأَمْرِ وَلَا يَقْبَلُ كِتَابَهُ.

قَالَ أَشْهَبُ: لَا يَقْبَلُ كِتَابَ غَيْرِ الْعَدْلِ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ لَا يَشُكُّ فِي صِحَّتِهِ.

وَفِي النَّوَادِرِ عَنْ أَصْبَغَ: إِنْ جَاءَهُ بِكِتَابِ قَاضٍ لَا يَعْرِفُ عَدَالَتَهُ وَلَا سُخْطَتَهُ، فَإِنْ كَانَ مِنْ قُضَاةِ الْأَمْصَارِ الْجَامِعَةِ كَمَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ وَالْعِرَاقِ وَالشَّامِ وَمِصْرَ وَالْقَيْرَوَانِ وَالْأَنْدَلُسِ فَلْيُنَفِّذْهُ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهُ، وَمَحْمَلُ مِثْلِ هَؤُلَاءِ عَلَى الصِّحَّةِ، وَأَمَّا قُضَاةُ الْكُورِ الصِّغَارِ، فَلَا يُنَفِّذْهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنْهُ.

الثَّالِثَ عَشَرَ: فِي رَسْمِ الْعِتْقِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى، سُئِلَ عَنِ الْقَاضِي يَكْتُبُ إِلَى قَاضٍ فِي الْحُقُوقِ وَالْأَنْسَابِ وَالْمَوَارِيثِ وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ، فَيَكْتُبُ: أَتَانِي فُلَانٌ بِشُهُودٍ عُدِّلُوا عِنْدِي وَقَبِلْتُ شَهَادَتَهُمْ وَلَا يُسَمِّيهِمْ فِي كِتَابِهِ أَيَجُوزُ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَهَذَا قَضَاءُ الْقُضَاةِ أَرَأَيْت إِنْ سَمَّاهُمْ لَهُ أَيَعْرِفُهُمْ أَمْ تَنْبَغِي عَدَالَةٌ أُخْرَى؟ وَيَسْأَلُ عَنْهُمْ أَمْ يَسْتَأْنِفُ فِيهِمْ حُكْمًا غَيْرَ مَا حَكَمَ بِهِ وَفَرَغَ مِنْهُ؟ لَيْسَ ذَلِكَ كَذَلِكَ.

قَالَ الْعُتْبِيُّ: قَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُسَمِّيَ الْبَيِّنَةَ فِي الْحُكْمِ عَلَى الْغَائِبِ لِيَجِدَ سَبِيلاً إِلَى دَفْعِ شَهَادَتِهِمْ عَنْهُ، وَهُوَ عِنْدِي بَيِّنٌ إِنْ شَاءَ اللهُ.

الرَّابِعَ عَشَرَ: قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، أَوْ مَنْ وُلِّيَ بَعْدَهُ أَنْ يَصِلَ نَظَرَهُ فِيمَا ثَبَتَ عِنْدَ الْقَاضِي الْكَاتِبِ، فَإِنْ كَتَبَ بِثُبُوتِ شَهَادَتِهِمْ فَقَطْ لَمْ يَأْمُرْ بِإِعَادَةِ شَهَادَتِهِمْ وَنَظَرَ فِي تَعْدِيلِهِمْ، وَإِنْ كَتَبَ بِتَعْدِيلِهِمْ أَوْ بِقَبُولِهِ إِيَّاهُمْ، أَعْذَرَ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فِيهِمْ، وَإِنْ كَتَبَ أَنَّهُ أَعْذَرَ إِلَيْهِ فَعَجَزَ عَنِ الدَّفْعِ، أَمْضَى الْحُكْمَ عَلَيْهِ. اهـ. مُخْتَصَرًا مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَوَّلَ مَسْأَلَةٍ فِي الْأَقْضِيَةِ.

الْخَامِسَ عَشَرَ: لَيْسَ قَوْلُ الْقَاضِي: ثَبَتَ عِنْدِي كَذَا حُكْمًا مِنْهُ بِمُقْتَضَى مَا ثَبَتَ عِنْدَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَعَمُّ مِنْهُ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ -سَمَحَ اللهُ لَهُ بِفَضْلِهِ-: وَقَدْ أَطَالَ الْكَلَامَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَمِمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى أَنَّ الثُّبُوتَ أَعَمُّ مِنَ الْحُكْمِ قَوْلُهُمْ: ثَبَتَ عِنْدَنَا مَوْتُ الْخَلِيفَةِ وَخِصْبُ أَرْضِ كَذَا، وَثَبَتَ عِنْدَنَا ظُلْمُ فُلَانٍ وَعَدَاوَتُهُ، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا عَلِمُوهُ بِالْخَبَرِ وَتَلَقَّوْهُ بِالْقَبُولِ مِنْ أَفْوَاهِ الْعُدُولِ، مِمَّا لَا يَصِحُّ أَنْ يَنْتَصِبَ إِلَيْهِ الْحُكَّامُ وَيَطْلُبَ فِيهِ الْقَضَايَا وَالْأَحْكَامُ، وَحَاصِلُ الْأَمْرِ أَنَّ الْمَعْنَى بِالثُّبُوتِ لُغَةً حُصُولُ الْأَمْرِ وَتَحَقُّقُهُ. اُنْظُرْ كَلَامَهُ إِنْ شِئْتَ.

وَإِلَى الْخِلَافِ فِي كَوْنِ قَوْلِ الْقَاضِي: ثَبَتَ عِنْدِي كَذَا حُكْمًا أَوْ لَيْسَ بِحُكْمٍ. أَشَارَ الْإِمَامُ سَيِّدِي عَلِيٌّ الزَّقَّاقُ[1] بِقَوْلِهِ فِي الْمَنْهَجِ الْمُنْتَخَبِ فِي قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ:

وَالْحُكْمُ وَالثُّبُوتُ شَيْءٌ اتَّحَدْ وَقِيلَ غَيْرَانِ عَلَى ذَا يُعْتَمَدْ

أُنْظُرْ شَرْحَ الشَّيْخِ الْمَنْجُورِ.

قَالَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ:

وَالْعَمَلُ الْيَوْمَ عَلَى قَبُولِ مَا خَاطَبَهُ الْقَاضِي بِمِثْلِ أَعْلَمَ

وَلَيْسَ يُغْنِي كَتْبُ قَاضٍ كَاكْتَفَى عَنِ الْخِطَابِ وَالْمَزِيدُ قَدْ كَفَى

وَإِنَّمَا الْخِطَابُ مِثْلُ أَعْلَمَا إِذْ مُعْلِمًا بِهِ اقْتَضَى وَمُعْلَمَا

هَذَا هُوَ الصَّوَابُ فِي تَرْتِيبِ هَذِهِ الْأَبْيَاتِ وَالْفَصْلُ بَيْنَهَا غَيْرُ ظَاهِرٍ -وَاللهُ أَعْلَمُ-؛ لِأَنَّ مُضَمَّنَ مَعْنَاهَا وَحَاصِلَهُ مَسْأَلَةٌ وَاحِدَةٌ، وَهِيَ أَنَّ الْعَمَلَ جَرَى فِي زَمَنِ النَّاظِمِ عَلَى قَبُولِ خِطَابِ الْقُضَاةِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ بِقَوْلِهِ: أَعْلَمَ بِاسْتِقْلَالِهِ أَوْ ثُبُوتِهِ فُلَانٌ. وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَلَا يَكْفِي فِي الْخِطَابِ أَنْ يَقُولَ: اكْتَفَى أَوْ ثَبَتَ أَوْ اسْتَقَلَّ. وَنَحْوَهَا، وَإِنَّمَا يَكْفِي ذَلِكَ عَنْ زِيَادَةِ الشُّهُودِ فَقَطْ.

وَأَمَّا الْخِطَابُ فَلَا يَكْفِي فِيهِ إِلَّا مِثْلُ: «أَعْلَمَ....» إِلَخ. كَمَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا، فَقَوْلُهُ: وَإِنَّمَا الْخِطَابُ مِثْلُ أَعْلَمَا هُوَ تَكْرَارٌ مَعَ الْبَيْتِ الْأَوَّلِ بِزِيَادَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْحَصْرِ، وَهُوَ إِنَّمَا وَبَيَانُ تَوْجِيهِ كَوْنِ اكْتَفَى وَنَحْوِهِ لَا يَكْفِي فِي الْخِطَابِ فِي قَوْلِهِ: «إِذْ مُعْلِمًا بِهِ اقْتَضَى وَمُعْلَمًا».

وَبَيَانُهُ أَنَّ اللَّفْظَ الَّذِي جَرَى بِهِ الْعَمَلُ فِي الْخِطَابِ يَدُلُّ عَلَى ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

أَحَدُهَا: شَخْصٌ مُعْلِمٌ -بِكَسْرِ اللَّامِ- بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ، وَهُوَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ.

وَالثَّانِي: شَخْصٌ مُعْلَمٌ -بِفَتْحِهَا- وَهُوَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَيَصِحُّ الْعَكْسُ وَهُوَ فَتْحُ اللَّامِ فِي الْأَوَّلِ وَكَسْرُهَا فِي الثَّانِي، وَبِالضَّرُورَةِ أَنَّهُمَا يَدُلَّانِ عَلَى أَمْرٍ ثَابِتٍ مَعْلُومٍ عِنْدَ

---

(١) علي بن قاسم بن محمد التجيبي، أبو الحسن، المعروف بالزقاق، فقيه فاس في عصره، كان مشاركًا في كثير من علوم الدين والعربية، زار غرناطة وأخذ عن بعض علمائها، من كتبه (المنظومة اللامية) في علم القضاء، و(المنهج المنتخب إلى أصول المذهب) منظومة في أصول المالكية، توفي بفاس عن سن عالية سنة ٩١٢ هـ. انظر: الاستقصا ٢/ ١٨٢، ومعجم المؤلفين ٧/ ١٦٩، وهدية العارفين ١/ ٧٤٠.

الْقَاضِي الْكَاتِبِ أَعْلَمَ بِهِ الْقَاضِي المَكْتُوبَ إِلَيْهِ، فَضَمِيرُ بِهِ فِي الْبَيْتِ الثَّالِثِ لِلأَمْرِ المَعْلُومِ الَّذِي دَلَّ عَلَيْهِ المُعْلِمُ.

وَالمُعْلَمُ بِالْكَسْرِ وَالْفَتْحِ وَالمَجْرُورُ يَتَنَازَعُ فِيهِ مُعْلَمٌ بِالْكَسْرِ وَالْفَتْحِ، وَاقْتَضَى بِمَعْنَى طَلَبَ وَأَفْهَمَ، فَقَوْلُهُمْ فِي الخِطَابِ: أَعْلَمَ بِاسْتِقْلاَلِهِ أَوْ بِثُبُوتِهِ فُلاَنٌ.

«أَعْلَمَ» بِفَتْحِ الْهَمْزَةِ وَاللاَّمِ وَالمِيمِ فِعْلٌ مَاضٍ، وَفَاعِلُهُ هُوَ الاِسْمُ المُكَنَّى عَنْهُ بِفُلاَنٍ، الَّذِي هُوَ المُعْلِمُ لِغَيْرِهِ بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ، وَهُوَ يَتَعَدَّى لِمَفْعُولَيْنِ حُذِفَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا لِلْعُمُومِ عَلَى حَدِّ ﴿ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓاْ إِلَىٰ دَارِ ٱلسَّلَٰمِ ﴾ [يونس: ٢٥] أَيْ: جَمِيعَ عِبَادِهِ، وَتَقْدِيرُهُ هُنَا مَنْ يَقِفُ عَلَيْهِ، يَعْنِي مِمَّنْ هُوَ أَهْلٌ لِذَلِكَ، فَيَشْمَلُ الْقَاضِيَ المَكْتُوبَ إِلَيْهِ وَغَيْرَهُ مِمَّنْ يَتَوَلَّى بَعْدَهُ لِمَوْتِهِ أَوْ عَزْلِهِ.

وَالمَفْعُولُ الثَّانِي هُوَ قَوْلُهُ بِثُبُوتِهِ أَوْ اسْتِقْلاَلِهِ، وَهُوَ يَتَعَلَّقُ بِأَعْلَمَ، وَضَمِيرُ ثُبُوتِهِ لِلرَّسْمِ؛ أَيْ أَعْلَمَ كَاتِبُهُ الْوَاقِفَ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا الرَّسْمِ يَسْتَحِقُّ أَنْ يُعْمَلَ بِمُقْتَضَاهُ؛ لاِسْتِجْمَاعِهِ شُرُوطِ الْحُكْمِ بِهِ وَاسْتِقْلاَلِهِ بِنَفْسِهِ وَعَدَمِ تَوَقُّفِهِ عَلَى غَيْرِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: قَوْلُهُ: «وَإِنَّمَا الخِطَابُ...» الْبَيْتُ. يَعْنِي أَنَّ الخِطَابَ المُعْمَلَ بِهِ عِنْدَ الْقُضَاةِ هُوَ أَعْلَمَ بِمَا اتَّصَلَ بِهِ مِنْ تَسْمِيَةِ المُعْلِمِ وَتَعْيِينِ المُعْلَمِ أَوْ اقْتِضَائِهِ لَهُ عَلَى الْإِطْلاَقِ، وَبِمَا يُمَاثِلُ هَذَا اللَّفْظَ لَوْ وَقَعَ عَلَيْهِ الاِصْطِلاَحُ؛ إِذْ لَيْسَ لَفْظَةُ أَعْلَمَ بِخُصُوصِهَا بِوَاجِبَةِ الْوُجُوبَ الَّذِي لَوْ تُعُدِّيَ لَبَطَلَ الْعَقْدُ، وَإِنَّمَا تَعَيَّنَتْ لِوُقُوعِ اخْتِيَارِ الْقُضَاةِ عَلَيْهَا لاِسْتِيفَائِهَا المَعْنَى المَقْصُودَ فِي الْوَضْعِ، وَلَوْ وَقَعَ الاِصْطِلاَحُ مَثَلاً بِسِوَاهَا لَمَا كَانَ مَانِعٌ مِنْ ذَلِكَ، وَلَمَّا تَقَرَّرَ الاِصْطِلاَحُ بِالْإِعْلاَمِ لَزِمَ، فَلَوْ لَمْ يَكْتُبْ الْقَاضِي خِطَابًا يُصَرِّحُ فِيهِ بِالْإِعْلاَمِ بِصِحَّةِ الحَقِّ عِنْدَهُ، وَاقْتَصَرَ عَلَى أَنْ كَتَبَ: صَحَّ الرَّسْمُ عِنْدِي أَوْ ثَبَتَ أَوْ اسْتَقَلَّ، وَكَتَبَهُ فُلاَنُ بْنُ فُلاَنٍ. فَذَلِكَ لَغْوٌ غَيْرُ جَائِزٍ قَبُولُهُ بِمُجَرَّدِ الخَطِّ. قَالَ ذَلِكَ ابْنُ المُنَاصِفِ. اهـ. كَلاَمُ الشَّارِحِ.

وَقَدْ جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ لاَ يَكْتُبَ الْقَاضِي اسْمَهُ المُكَنَّى عَنْهُ بِلَفْظِ الخِطَابِ بِفُلاَنٍ بِالْكِتَابَةِ المَعْهُودَةِ الَّتِي يَقْرَؤُهَا كُلُّ وَاحِدٍ، بَلْ يَكْتُبُ بِتَخْلِيطٍ وَتَعْمِيَةٍ وَيُسَمِّي الْعَلاَمَةَ، وَذَلِكَ -وَاللهُ أَعْلَمُ- لِئَلاَّ يُزَوَّرَ وَيُخَاطِبُ غَيْرُ الْقَاضِي عَلَى لِسَانِهِ.

وَكَذَلِكَ الاِصْطِلاَحُ فِي وَضْعِ الشَّاهِدِ اسْمَهُ فِي الْعَقْدِ؛ لِئَلاَ يَكْتُبَ اسْمَهُ غَيْرُهُ فَيُنْسَبُ إِلَيْهِ مَا لَمْ يَشْهَدْ بِهِ، وَمِمَّا يَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ وَيَتَأَكَّدُ عَلَيْهِ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى عَلاَمَةٍ وَاحِدَةٍ

وَلَا يُنَوِّعُهَا، فَيَقَعُ الالْتِبَاسُ فِي شَهَادَتِهِ.

وَلَمَّا ذَكَرَ النَّاظِمُ أَنَّ الْخِطَابَ يَكُونُ بِـ«أَعْلَمَ» وَبِمِثْلِهِ مِمَّا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، خَافَ أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ لَفْظَ «اكْتَفَى» وَنَحْوَهُ وَاسْتَقَلَّ وَصَحَّ وَثَبَتَ، تَكْفِي فِي الْخِطَابِ بِهَا أَيْضًا، فَرَفَعَ هَذَا الْوَهْمَ أَيْضًا بِقَوْلِهِ: «وَلَيْسَ يُغْنِي كَتْبُ قَاضٍ كَاكْتَفَى...» الْبَيْتَ.

فَالْكَافُ الدَّاخِلَةُ عَلَى اكْتَفَى أَيْضًا اسْمٌ بِمَعْنَى مِثْلِ مَفْعُولُ كَتْبُ، وَكَتْبُ فَاعِلُ يُغْنِي وَهُوَ مَصْدَرٌ مُضَافٌ لِلْفَاعِلِ وَهُوَ قَاضٍ، وَكَمَّلَ بِالْمَفْعُولِ وَهُوَ الْكَافُ؛ أَيْ بِمِثْلِ اكْتَفَى وَصَحَّ وَنَحْوُهُمَا، وَلَيْسَ هُنَا حَرْفٌ بِمَعْنَى لَا النَّافِيَةِ، وَعَنْ الْخِطَابِ يَتَعَلَّقُ بِيُغْنِي أَيْ: لَا يُغْنِي عَنْ الْخِطَابِ، وَلَا يَكْفِي عَنْهُ الْمُخَاطَبَةُ بِمِثْلِ اكْتَفَى وَنَحْوِهَا، وَلَمَّا نَفَى الاكْتِفَاءَ بِهِ فِي الْخِطَابِ أَرَادَ أَنْ يُنَبِّهَ عَلَى مَا يُفِيدُهُ وَمَا يُفْهَمُ مِنْهُ، فَأَفَادَهُ بِقَوْلِهِ: وَالْمَزِيدَ قَدْ كَفَى؛ أَيْ إِنَّمَا يَكْفِي اكْتَفَى وَثَبَتَ وَنَحْوُهُمَا عَنْ زِيَادَةِ الشُّهُودِ فَقَطْ، وَلَا يَكْفِي عَنْ الْخِطَابِ.

قَالَ الشَّارِحُ: مَا جَرَى بِهِ عُرْفُ بَلَدِنَا الْأَنْدَلُسِيَّةِ مِنْ كَتْبِهِمْ اكْتَفَى فِيهِ إِشْعَارٌ بِأَنَّ الْمَشْهُودَ لَهُ لَا يَطْلُبُ بَعْدَ ذَلِكَ بِشُهُودٍ زِيَادَةً عَلَى مَا حَصَلَ فِي الْعَقْدِ، وَأَنَّ اللَّفْظ لَا يُغْنِي عَنْ الْخِطَابِ، وَإِنَّمَا يَكْفِي الْمَشْهُودُ لَهُ عَنْ زِيَادَةِ الشُّهُودِ، وَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ الرَّسْمَ قَدْ اسْتَقَلَّ عِنْدَ الْقَاضِي. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «وَالْمَزِيدَ» مَنْصُوبٌ عَلَى إِسْقَاطِ الْخَافِضِ؛ أَيْ كَفَى لَفْظُ «اكْتَفَى» وَمَا أَشْبَهَهُ عَنْ زِيَادَةِ الشُّهُودِ عَلَى مَا حَصَلَ فِي الْعَقْدِ لَا عَنْ الْخِطَابِ، فَلاَ يَكْفِي عَنْهُ، فَالْمَزِيدُ بِمَعْنَى الْمَصْدَرِ أَيْ الزِّيَادَةُ، وَلَمَّا ذَكَرَ أَنَّ اكْتَفَى وَشِبْهَهُ لَا يَكْفِي عَنْ الْخِطَابِ بَيَّنَ مَا يَكُونُ بِهِ الْخِطَابُ مُوَجَّهًا لَهُ بِقَوْلِهِ: وَإِنَّمَا الْخِطَابُ مِثْلُ «أَعْلَمَا...» الْبَيْتَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ.

وَإِطْلَاقُ النَّاظِمِ فِي إِعْمَالِ الْخِطَابِ بِمَا ذَكَرَ يَقْتَضِي أَنَّهُ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْأُمُورِ مِنْ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ وَالْبَدَنِيَّةِ وَهُوَ كَذَلِكَ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَتَقْيِيدُ الْعَمَلِ بِالْيَوْمِ يُؤْذِنُ أَنَّهُ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ بِخِلاَفِهِ وَهُوَ صَحِيحٌ، فَقَدْ كَانَ الْعَمَلُ حَيْثُ حَدَثَ الضَّرْبُ عَلَى الْخُطُوطِ بِاسْتِصْحَابِ شَاهِدَيْ عَدْلٍ، كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ بَعْدَ أَنْ كَانَ الْعَمَلُ قَبْلَ ذَلِكَ بِالاكْتِفَاءِ بِالْكِتَابِ الْمَخْتُومِ، وَكَانَ الْعَمَلُ الْآنَ بِالاكْتِفَاءِ بِالْخِطَابِ دُونَ الشَّاهِدَيْنِ عَلَيْهِ، عَادَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَدِيمًا مِنْ الاكْتِفَاءِ بِالْكِتَابِ الْمَخْتُومِ وَذَلِكَ؛ لِضَرُورَةِ فَقْدِ الْعُدُولِ فِي أَكْثَرِ الْمَوَاضِعِ مِنْ نُدُورِ أَحْكَامِ الضَّرْبِ عَلَى الْخَطِّ، فَاسْتُحْسِنَ الرُّجُوعُ إِلَى الْعَمَلِ الْقَدِيمِ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت لَهُ: فَالْقَاضِي إِذَا كَتَبَ إِلَى الْقَاضِي بِشَهَادَةِ شُهُودٍ شَهِدُوا عِنْدَهُ وَعُدِّلُوا، وَكَانُوا قَدْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، أَيَقْبَلُ الْقَاضِي الَّذِي جَاءَهُ الْكِتَابُ الْبَيِّنَةَ الَّتِي فِي الْكِتَابِ وَيَقْضِي بِهَا؟ قَالَ: نَعَمْ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) قَالَ فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ: فَائِدَتَانِ:

الْأُولَى: فِي قَوْلِ الْقَاضِي: ثَبَتَ عِنْدِي ثَلَاثُ نُكَتٍ: أُولَاهَا أَنَّهُ لَيْسَ بِخِطَابٍ -كَمَا تَقَدَّمَ لِابْنِ الْمُنَاصِفِ-، وَثَانِيهَا: هُوَ حُكْمٌ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ صَنَّفَ الْإِمَامُ الرَّازِيّ، وَثَالِثُهَا: هَلْ يَقْبَلُ ذَلِكَ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الْبَيِّنَةَ أَمْ لَا؟

قَالَ الْمَازِرِيُّ: مِنْ الْحِكْمَةِ وَالْمَصْلَحَةِ مَنْعُ الْقَاضِي الْحُكْمَ بِعِلْمِهِ خَوْفَ كَوْنِهِ غَيْرَ عَدْلٍ، فَيَقُولُ: عَلِمْت فِيمَا لَا عِلْمَ لَهُ بِهِ، وَعَلَى هَذَا التَّعْلِيلِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: ثَبَتَ عِنْدِي كَذَا. إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ الْبَيِّنَةَ، وَقَدْ رَكَّبَ ذَلِكَ ابْنُ الْقَصَّارِ وَقَالَ: لَا يُقْبَلُ حَتَّى يُسَمِّيَ الْبَيِّنَةَ. وَكَذَا قَالَ ابْنُ الْجَلَّابِ.

ثُمَّ قَالَ: الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةُ: ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ الْمُنَاصِفِ إِنْ ثَبَتَ وَاكْتَفَى وَصَحَّ وَاسْتَقَلَّ كَالْمُتَرَادِفَةِ، وَذَكَرَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللهِ بْنِ رَاشِدٍ أَنَّهُ كَانَ يَخُصُّ اسْتَقَلَّ بِالْعُدُولِ، وَاكْتَفَى بِإِثْبَاتِ الْأَمْلَاكِ، وَثَبَتَ بِمَا عَدَاهُمَا.

وَعَنْ الْعُقْبَانِيِّ: اسْتَقَلَّ لِلْمُبَرِّزِينَ وَثَبَتَ لِمَنْ يُقَارِبُهُمْ، وَاكْتَفَى لِمَنْ دُونَ ذَلِكَ وَنَحْوِهِ فِي شَرْحِ الْيَزْنَاسِيِّ عَنْ الْعُقْبَانِيِّ أَيْضًا وَنَصُّهُ: جَرَى الْعَمَلُ فِي زَمَانِنَا هَذَا فِي تِلِمْسَانَ وَمَا بَعْدَهَا مِنْ مُدُنِ الْمَغْرِبِ بِتَصْرِيحِ الْخِطَابِ بِالْإِعْلَامِ بِالِاسْتِقْلَالِ فِيمَا ثَبَتَ مِنْ الرُّسُومِ بِشَهَادَةِ الْمُبَرِّزِينَ مِنْ الْعُدُولِ، وَبِالثُّبُوتِ فِيمَا ثَبَتَ دُونَهُمْ، وَبِالِاكْتِفَاءِ بِالْأَدْنَى، فَهِيَ ثَلَاثُ مَرَاتِبَ، وَأَمَّا بِالْجَزَائِرِ وَمَا وَالَاهَا فَالْخِطَابُ عِنْدَهُمْ بِالثُّبُوتِ وَالِاكْتِفَاءِ فَقَطْ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) هَذَا مَا يَكْتُبُهُ الْقَاضِي الَّذِي يُخَاطِبُ قَاضِيًا آخَرَ، وَأَمَّا الْمُخَاطَبُ -بِالْفَتْحِ- وَهُوَ الَّذِي وَرَدَ عَلَيْهِ الْخِطَابُ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا فِي الْخِطَابِ بِاسْمِهِ وَقَّعَ تَحْتَهُ أَعْلَمْتُهُ، وَإِنْ كَانَ الْخِطَابُ لَا تَعْيِينَ فِيهِ أَوْ عُيِّنَ فَمَاتَ أَوْ عُزِلَ وَقَّعَ مَنْ خَلَفَهُ قَبِلْت، وَهُوَ اصْطِلَاحٌ لَا غَيْرُ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ يَمُتْ مُخَاطِبٌ أَوْ عُزِلَا	رُدَّ خِطَابُهُ سِوَى مَا سَجَّلَا
وَاعْتَمَدَ الْقَبُولَ بَعْضُ مَنْ قَضَى	وَمُعْلَمٌ يَخْلُفُهُ وَالِي الْقَضَا

وَالْحَكَمُ الْعَدْلُ عَلَى قَضَائِهِ خِطَابُهُ لَا بُدَّ مِنْ إِمْضَائِهِ

تَعَرَّضَ فِي الْأَبْيَاتِ لِمَا إِذَا خَاطَبَ قَاضٍ قَاضِيًا آخَرَ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ عُزِلَ، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ الْقَاضِي الْمُخَاطِبُ بِالْكَسْرِ أَوْ عُزِلَ، فَقَدْ اُخْتُلِفَ هَلْ يُعْتَمَدُ خِطَابُهُ وَيُعْمَلُ عَلَيْهِ أَوْ لَا؟ فَمِنْهُمْ مَنْ رَدَّ خِطَابَهُ وَلَمْ يَعْتَمِدْهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَبِلَهُ وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِ، وَإِلَى هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: رُدَّ خِطَابُهُ. ثُمَّ قَالَ: وَاعْتَمَدَ الْقَبُولَ بَعْضُ مَنْ قَضَى. أَيْ: بَعْضُ الْقُضَاةِ. وَهَذَا الْخِلَافُ إِذَا لَمْ يُسَجِّلْ الْحُكْمَ، وَأَمَّا إِنْ سَجَّلَهُ وَأَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ عَدْلَيْنِ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ وَأَنْفَذَهُ، فَإِنَّهُ يُعْمَلُ عَلَيْهِ اتِّفَاقًا، سَوَاءٌ بَقِيَ عَلَى قَضَائِهِ أَوْ مَاتَ أَوْ عُزِلَ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «سِوَى مَا سَجَّلاَ». فَإِنْ قُلْتُ: كَلاَمُنَا فِي خِطَابِ الْقَاضِي بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ لِقَاضِي بَلَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَيَكُونُ الْحُكْمُ وَالتَّنْفِيذُ فِي بَلَدِ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ، فَكَيْفَ يُسَجِّلُ الْمُخَاطِبُ الْحُكْمَ وَيُنَفِّذُهُ، وَإِنَّمَا يُنَفِّذُهُ الْقَاضِي الْمَنْهِيُّ إِلَيْهِ الْمُخَاطَبُ بِالْفَتْحِ؟

قُلْت: يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ حَيْثُ يَكُونُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ، فَكَانَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ مَعَ طَالِبِهِ فِي بَلَدِ الطَّالِبِ، فَيُنَفِّذُ قَاضِيهَا الْحُكْمَ عَلَيْهِ عَمَلاً بِقَوْلِهِ: قَبِلَ وَحَيْثُ يُلْفِيهِ بِمَا فِي الذِّمَّةِ يَطْلُبُهُ، ثُمَّ يَكْتُبُ لِقَاضِي بَلَدِ الْمَطْلُوبِ بِمَا حَكَمَ بِهِ وَأَمْضَاهُ لِيَكُنْ الطَّالِبُ مِنْ مَالِ الْمَطْلُوبِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فِي بَلَدِ الْحُكْمِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ثُمَّ أَخْبَرَ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ الْمُخَاطَبُ -بِالْفَتْحِ- أَوْ عُزِلَ، فَإِنَّ مَنْ وُلِّيَ الْقَضَاءَ بَعْدَهُ يَخْلُفُهُ وَيَتَنَزَّلُ مَنْزِلَتَهُ فِي إِنْفَاذِ مَا طَلَبَ بِهِ، سَوَاءٌ كَانَ مُعَيَّنًا مُسَمًّى فِي الْخِطَابِ أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمُعْلَمٌ يَخْلُفُهُ وَالِي الْقَضَا». فَمُعْلَمٌ -بِفَتْحِ اللاَّمِ- اسْمُ مَفْعُولٍ مِنْ أَعْلَمَ.

ثُمَّ صَرَّحَ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: «وَإِنْ يَمُتْ مُخَاطِبٌ أَوْ عُزِلَا». فَأَخْبَرَ أَنَّ الْقَاضِيَ الْمُخَاطِبَ لِغَيْرِهِ مِنْ الْقُضَاةِ إِذَا لَمْ يَطْرَأْ عَلَيْهِ مَوْتٌ وَلَا عُزِلَ، فَإِنَّ خِطَابَهُ مَاضٍ غَيْرُ مَرْدُودٍ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: فَإِنْ مَاتَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ أَوْ عُزِلَ، وَوَصَلَ الْكِتَابُ إِلَى مَنْ وُلِّيَ بَعْدَهُ أَنْفَذَهُ مَنْ وَصَلَ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا كَتَبَ إِلَى غَيْرِهِ[1]. وَفِي آخِرِ كِتَابِ الرَّجْمِ مِنْهَا: وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ أَوْ عُزِلَ. اهـ[2]. أَيْ فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهِ يُنَفِّذُهُ.

---

(١) المدونة ٤/ ١٤، والتاج والإكليل ٦/ ١٤٢.

(٢) المدونة ٤/ ٥٢١.

فَالمَسْأَلَةُ الْأُولَى هِيَ قَوْلُهُ: «وَمُعْلِمٌ يَخْلُفُهُ وَالِي الْقَضَا». وَالَّتِي فِي آخِرِ كِتَابِ الرَّجْمِ هِيَ قَوْلُهُ فِي مَسْأَلَةِ مَوْتِ الْقَاضِي الْكَاتِبُ: وَاعْتَمَدَ الْقَبُولَ بَعْضُ مَنْ قَضَى.

قَالَ الشَّارِحُ: وَفِي المُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا: إِنْ مَاتَ الْقَاضِي أَوْ عُزِلَ وَفِي دِيوَانِهِ شَهَادَاتُ الْبَيِّنَاتِ وَعَدَالَتُهَا، لَمْ يَنْظُرْ فِيهَا مَنْ وُلِّيَ بَعْدَهُ، وَلَمْ يُجِزْهُ إِلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ قَالَ المَعْزُولُ: قَدْ شَهِدَت بِهِ الْبَيِّنَةُ عِنْدِي لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَلَا يَكُونُ شَاهِدًا بِذَلِكَ، وَإِلَى هَذَا الْقَوْلِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «رُدَّ خِطَابُهُ». وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «سِوَى مَا سَجَّلاَ». إِلَى مَا فِي سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَبِهِ الْعَمَلُ، قَالَ: إِشْهَادُ الْحَاكِمِ بِحُكْمِهِ يُوجِبُ حَقًّا لِلْمَحْكُومِ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ الْقَاضِي أَوْ عُزِلَ أَوْ مَاتَ المَحْكُومُ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ قَبْلَ حَوْزِ المَحْكُومِ لَهُ بِمَا حَكَمَ لَهُ بِهِ. قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: اتِّفَاقًا. اهـ.

وَلَفْظُ «مُخَاطِبِ» فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ بِكَسْرِ الطَّاءِ وَفَاعِلُ «سَجَّلاَ» يَعُودُ عَلَى المُخَاطِبِ، وَالْقَبُولَ مَفْعُولُ اعْتَمَدَ وَبَعْضُ فَاعِلُهُ «وَمُعْلَمٌ» بِفَتْحِ اللاَّمِ اسْمُ مَفْعُولٍ، «وَالْحَكَمُ» بِفَتْحَتَيْنِ، وَاحْتَرَزَ بِالْعَدْلِ مِنْ غَيْرِهِ، فَإِنَّ خِطَابَهُ لَا يُقْبَلُ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: عَنْ المَجْمُوعَةِ إِنْ ثَبَتَ عِنْدَ المَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَنَّ مَنْ كَتَبَ إِلَيْهِ مُسْتَحِقٌّ لِلْقَضَاءِ فِي فَهْمِهِ وَدِينِهِ وَوَرَعِهِ غَيْرُ مَخْدُوعٍ قَبِلَ كِتَابَتَهُ.

قَالَ ابْنُ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَشْهَبَ: وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَدْلٍ لَمْ يَقْبَلْهُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهِ الْعَدْلُ إِنَّ ابْنِي ثَبَتَ لَهُ عِنْدِي بَيِّنَةٌ كَذَا لَمْ يَقْبَلْهُ وَكَانَ كَالشَّاهِدِ لَهُ، فَإِنْ أَجَازَهُ لَمْ يَفْسَخْهُ مَنْ وُلِّيَ بَعْدَهُ.

وَفِي الْأَدَاءِ عِنْدَ قَاضٍ حَلَّ فِي ... غَيْرِ مَحَلِّ حُكْمِهِ الْخُلْفُ اقْتُفِيَ

وَمَنْعُهُ فِيهِ الْخِطَابَ المُرْتَضَى ... وَسَوَّغَ التَّعْرِيفَ بَعْضُ مَنْ مَضَى

ذَكَرَ فِي هَذَيْنِ الْبَيْتَيْنِ ثَلَاثَ مَسَائِلَ مُتَنَاسِبَةَ المَعْنَى وَهِيَ: إِذَا حَلَّ الْقَاضِي بِغَيْرِ مَحَلِّ وِلَايَتِهِ، هَلْ لَهُ أَنْ يَسْمَعَ هُنَالِكَ بَيِّنَةً شَاهِدَةً بِحَقٍّ لِمَنْ يَكُونُ فِي وِلَايَتِهِ، وَتُؤَدَّى شَهَادَتُهَا عِنْدَهُ هُنَالِكَ أَوْ لَا؟ وَهَلْ لَهُ أَنْ يُخَاطِبَ رَسْمًا ثَبَتَ عِنْدَهُ بِمَوْضِعِ وِلَايَتِهِ وَلَمْ يُخَاطِبْهُ هُنَالِكَ وَافْتَقَرَ إِلَى خِطَابِهِ هُنَا أَوْ لَا؟ وَهَلْ لَهُ أَنْ يُعَرِّفَ قَاضِي مَوْضِعِ حُلُولِهِ بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ مِنْ الرَّسْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِمَنْعِ خِطَابِهِ إِيَّاهُ؟ وَنَقَلَ النَّاظِمُ الْخِلَافَ فِي المَسَائِلِ الثَّلَاثِ، وَأَنَّ المَنْعَ مِنْ الْخِطَابِ هُوَ المُرْتَضَى.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمَا ضَمَّنَهُ الشَّيْخُ فِي الْبَيْتَيْنِ هُوَ مُقْتَضَى مَا نَقَلَهُ ابْنُ سَهْلٍ فِي نَوَازِلِهِ عَنْ ابْنِ الْحَكَمِ إِنْ حَلَّ قَاضٍ مَحَلاً بِغَيْرِ مَحَلِّ وِلَايَتِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْمَعَ بَيِّنَةً عَلَى مَنْ فِي مَحَلِّهِ، وَلَا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى كِتَابِهِ بِذَلِكَ إِلَى أَحَدٍ، وَلَهُ أَنْ يَسْأَلَ عَنْ حَالِ بَيِّنَةٍ شُهِدَتْ عِنْدَهُ.

وَفِي كِتَابِ مِنْهَاجِ الْقُضَاةِ لِابْنِ حَبِيبٍ عَنْ أَصْبَغَ: إِنْ بَعَثَ الْإِمَامُ الْقَاضِيَ لِبَعْضِ الْأَمْصَارِ فِي شَيْءٍ مِنْ أُمُورِ الْعَامَّةِ فَحَلَّ بِهِ، فَلَهُ أَنْ يَسْمَعَ فِيهِ بَيِّنَةً بِحَقٍّ عَلَى غَائِبٍ فِي عَمَلِهِ، وَيَسْأَلُ مَنْ قَامَ بِهَا تَعْدِيلَهَا، وَلَهُ أَنْ يَسْأَلَ قَاضِيَ ذَلِكَ الْمِصْرِ عَنْهُمْ، وَيَجْتَزِي بِمَا أَخْبَرَهُ بِهِ مِنْ عَدَالَتِهِمْ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَمَلِهِ، وَلَوْ اجْتَمَعَ الْخَصْمَانِ عِنْدَهُ بِذَلِكَ الْمِصْرِ لِلْمُخَاصَمَةِ عِنْدَهُ وَمَا يَخْتَصِمَانِ فِيهِ فِي بَلَدِ الْقَاضِي الْغَائِبِ عَنْ قُطْرِهِ، لَمْ يَنْظُرْ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ يَتَرَاضَيَا عَلَيْهِ كَتَرَاضِيهِمَا أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمَا، وَبَعْضُ جَوَابِ أَصْبَغَ خِلَافُ مَا تَقَدَّمَ لِابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ.

وَسَأَلْت ابْنَ عَتَّابٍ[١] عَنْ قَاضٍ حَلَّ بِغَيْرِ بَلَدِهِ وَقَدْ ثَبَتَ عِنْدَهُ بِبَلَدِهِ حَقٌّ لِرَجُلٍ، فَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يُخَاطِبَ بِهِ قَاضِيَ مَوْضِعِ الْمَطْلُوبِ. قَالَ: لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ فَعَلَ بَطَلَ خِطَابُهُ. ثُمَّ قَالَ: وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يُنَفَّذَ. قُلْت لَهُ: فَإِنْ كَانَ الْحَقُّ الثَّابِتُ عِنْدَهُ بِبَلَدِهِ عَلَى مَنْ هُوَ بِمَوْضِعِ احْتِلَالِهِ فَأَعْلَمَ قَاضِيَ الْمَوْضِعِ بِذَلِكَ مُشَافَهَةً بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ، أَيَكُونُ كَمُخَاطَبَتِهِ بِذَلِكَ؟ قَالَ: لَيْسَ مِثْلَهُ. قُلْت: مَا يَمْنَعُهُ مِنْ إِخْبَارِهِ بِهِ وَيَشْهَدُ عِنْدَهُ بِذَلِكَ وَيُنَفِّذُهُ كَمَا يَشْهَدُ بِمَا يَجْرِي فِي مَجْلِسِهِ مِنْ إِقْرَارٍ وَإِنْكَارٍ وَيَقْضِي بِهِ؟ قَالَ: لَيْسَ مِثْلَهُ، وَلَكِنْ إِنْ أَشْهَدَ هَذَا الْقَاضِي الْمُخْبِرُ بِذَلِكَ شَاهِدَيْنِ فِي مَنْزِلِهِ وَشَهِدَا بِذَلِكَ عِنْدَ قَاضِي الْمَوْضِعِ نَفَذَ وَجَازَ.

قَالَ ابْنُ سَهْلٍ: وَرَأَيْت فُقَهَاءَ طُلَيْطِلَةَ يُجِيزُونَ إِخْبَارَ الْقَاضِي الْمُحْتَلِّ بِذَلِكَ الْبَلَدِ، وَيُنَفِّذُ وَيَرَوْنَهُ كَمُخَاطَبَتِهِ إِيَّاهُ[٢].

---

(١) الشيخ العلامة، المحدث الصدوق، مسند الأندلس، أبو محمد عبدالرحمن بن محمد بن عتاب بن محسن القرطبي، كان عارفًا بالطرق، واقفًا على كثير من التفسير والغريب والمعاني، مع حظ وافر من اللغة والعربية، وتفقه عند أبيه، وشوور في الأحكام بقية عمره، وكان صدرًا فيمن يستفتي لسنه وتقدمه، وكان من أهل الفضل والحلم، والوقار والتواضع، وجمع كتابًا حفيلاً في الزهد والرقائق، سماه (شفاء الصدور) وكانت الرحلة إليه في وقته، وقال: مولدي سنة ٤٣٣ هـ، ومات في جمادى الأولى سنة ٥٢٠ هـ. انظر: تاريخ الاسلام ٤/٢٤٢، وتذكرة الحفاظ ٤/١٢٧١، والديباج المذهب ١/٤٧٩، وشذرات الذهب ٤ / ٦١.

(٢) التاج والإكليل ٦/١٤١.

قَالَ الشَّارِحُ: فَمَعْنَى الْبَيْتِ الْأَوَّلِ هُوَ مُقْتَضَى مَا لِابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغَ، وَمَنْعُ الْخِطَابِ هُوَ مُرْتَضَى ابْنِ عَتَّابٍ، وَالتَّعْرِيفُ هُوَ الَّذِي أَسْنَدَ ابْنُ سَهْلٍ لِفُقَهَاءِ طُلَيْطِلَةَ، وَعَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ فُقَهَاءُ طُلَيْطِلَةَ الْعَمَلُ عِنْدَ قُضَاةِ الْجَمَاعَةِ بِالْحَضْرَةِ. اهـ.

فَقَوْلُ النَّاظِمِ: «فِي الْأَدَاءِ» خَبَرٌ مُقَدَّمٌ، وَعِنْدَ يَتَعَلَّقُ بِالْأَدَاءِ، وَجُمْلَةُ «حَلَّ» صِفَةٌ لِقَاضٍ، وَ«الْخُلْفُ» مُبْتَدَأٌ، وَ«اقْتُفِيَ» صِفَةٌ.

«الْخُلْفُ» «وَمَنْعُهُ» مُبْتَدَأٌ، وَ«الْخِطَابَ» مَفْعُولُ «مَنْعُ» مِنْ مَفْهُومِ قَوْلِهِ: «الْمُرْتَضَى».

وَقَوْلُهُ: «بَعْضُ مَنْ مَضَى». يُفْهِمُ الْخِلَافَ فِي الْفَرْعِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ، وَقَوْلُهُ: «وَلَيْسَ يُغْنِي». الْبَيْتَيْنِ تَقَدَّمَ شَرْحُهُمَا إِثْرَ قَوْلِهِ: «وَالْعَمَلُ الْيَوْمَ عَلَى قَبُولِ مَا...» الْبَيْتَ. وَتَقَدَّمَ أَنَّ ذَلِكَ الْمَحَلَّ أَنْسَبُ لَهُمَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَيُثْبِتُ الْقَاضِي عَلَى الْمَحْوِ ... وَمَا أَشْبَهَهُ الرَّسْمَ عَلَى مَا سَلِمَا

يَعْنِي أَنَّ الرَّسْمَ إِذَا كَانَ بِهِ مَحْوٌ أَوْ قَطْعٌ أَوْ حَرْقُ نَارٍ وَنَحْوُ ذَلِكَ، طَلَبَ مِنَ الْقَاضِي تَصْحِيحَهُ أَوْ الْخِطَابَ بِهِ إِلَى غَيْرِهِ مِنْ قُضَاةٍ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُصَحِّحُ وَيُخَاطِبُ بِمَا سَلِمَ مِنْ فُصُولٍ لَا عَلَى جَمِيعِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَيَنُصُّ فِي كِتَابِهِ عَلَى مُنْتَهَى مَا ابْتُدِئَ بِهِ الْمَحْوُ أَوْ الْبَشْرُ، وَمُبْتَدَأُ مَا انْتَهَى إِلَيْهِ. اهـ. أَيْ الْكَلِمَةُ الَّتِي قَبْلَ ابْتِدَاءِ الْمَحْوِ وَالَّتِي بَعْدَ انْتِهَائِهِ.

فَقَوْلُهُ: «وَيُثْبِتُ الْقَاضِي». فِعْلٌ وَفَاعِلٌ، وَ«الرَّسْمَ» مَفْعُولٌ وَعَلَى الْمَحْوِ يَتَعَلَّقُ بِمَحْذُوفٍ صِفَةٍ لِلرَّسْمِ؛ أَيْ الرَّسْمِ الْمُشْتَمِلِ عَلَى الْمَحْوِ، وَمَا أَشْبَهَ الْمَحْوَ مِنْ قَطْعٍ وَغَيْرِهِ، وَعَلَى مَا سَلِمَ بَدَلٌ مِنَ الرَّسْمِ بَدَلُ بَعْضٍ مِنْ كُلٍّ، أَيْ عَلَى مَا سَلِمَ مِنْهُ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي الطُّرَرِ: فَإِنْ وَقَعَ فِي الْوَثِيقَةِ مَحْوٌ أَوْ بَشْرٌ أَوْ ضَرْبٌ فِي مَوَاضِعِ الْعَدَدِ مِثْلِ عَدَدِ الدَّنَانِيرِ أَوْ أَجَلِهَا أَوْ تَارِيخِ الْوَثِيقَةِ سُئِلَتْ الْبَيِّنَةُ، فَإِنْ حَفِظَتْ الشَّيْءَ بِعَيْنِهِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَرَوْا الْوَثِيقَةَ مَضَتْ، وَإِنْ لَمْ يَحْفَظُوا سُئِلَتْ عَنِ الْبَشْرِ، فَإِنْ حَفِظُوهُ مَضَتْ أَيْضًا، وَإِنْ لَمْ يَحْفَظُوهُ سَقَطَتْ الْوَثِيقَةُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ مَوَاضِعِ الْعَقْدِ لَمْ يَضُرَّ الْوَثِيقَةَ وَلَمْ يُوهِنْهَا، وَإِنْ لَمْ يُعْتَذَرْ عَنْهُ. اهـ. مِنَ الْبَابِ الثَّامِنِ مِنَ الْفَائِقِ لِلْوَنْشَرِيسِيِّ.

وَعِنْدَمَا يَنْفُذُ حُكْمٌ وَطُلِبْ ... تَسْجِيلُهُ فَإِنَّهُ أَمْرٌ يَجِبْ

وَمَا عَلَى الْقَاضِي جُنَاحٌ لَا وَلَا مِنْ حَرَجٍ إِنِ ابْتِدَاءً فَعَلاَ

يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِيَ إِذَا حَكَمَ عَلَى الْخَصْمِ وَطَلَبَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ مِنَ الْقَاضِي تَسْجِيلَ الْحُكْمِ؛ أَيْ كَتْبَهُ فِي سِجِلٍّ -أَيْ صَكٍّ-، فَإِنَّ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي لِمَنْ طَلَبَهُ لِيُحَصِّنَ بِهِ لِنَفْسِهِ مَا حَكَمَ لَهُ بِهِ، لِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ مَفْسَدَةِ تَجْدِيدِ الْخُصُومَةِ، وَتَعْنِيتِ الْمَطْلُوبِ فِيهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ النِّزَاعِ بِاسْتِئْنَافِهِ مَرَّةً أُخْرَى، فَإِنْ فَعَلَهُ الْقَاضِي لِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُطْلَبَ بِهِ جَازَ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: وَإِنْ طَلَبَ الْقَائِمُ أَنْ يُسَجِّلَ لَهُ الْقَاضِي بِمَا أَثْبَتَهُ مِنْ مِلْكِهِ لِلْعَقَارِ الَّذِي كَانَ بِيَدِ الْمُقَوَّمِ عَلَيْهِ، وَكَانَ الْقَاضِي قَدْ أَعْذَرَ إِلَى الْمُقَوَّمِ عَلَيْهِ فِي الشُّهُودِ الَّذِينَ ثَبَتَ عِنْدَهُ ذَلِكَ بِشَهَادَتِهِمْ وَعَجَزَ عَنِ الْمَدْفَعِ، فَإِنَّهُ يُسَجِّلُ لَهُ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ وَاقْتِصَارٍ عَلَى مَحَلِّ الْحُجَّةِ.

وَسَاغَ مَعَ سُؤَالِهِ تَسْجِيلُ مَا لَمْ يَقَعِ النِّزَاعُ فِيهِ كُلَّمَا

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْقَاضِي تَسْجِيلُ مَا لَمْ يَقَعْ فِيهِ النِّزَاعُ إِذَا سُئِلَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ التَّحْصِينِ لَهُ وَالِاسْتِعْدَادِ بِهِ، وَذَلِكَ مِثْلُ رُسُومِ الْأَحْبَاسِ الَّتِي يَهْلِكُ شُهُودُهَا وَيُشْهِدُ عَلَى خُطُوطِهِمْ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَثْبُتُ عِنْدَ الْقَاضِي وَلَمْ يَقَعْ فِيهِ خِصَامٌ.

قَالَ الْجَزِيرِيُّ فِي وَثَائِقِهِ: وَإِذَا سُئِلَ الْقَاضِي إِثْبَاتَ مَا لَا خُصُومَةَ فِيهِ وَالتَّسْجِيلَ، فَإِنْ شَاءَ أَجَابَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُجِبْ. اهـ.

«وَتَسْجِيلُ» فَاعِلُ «سَاغَ»، «وَمَعْ» يَتَعَلَّقُ بِهِ أَوْ بِمَحْذُوفٍ حَالِ «تَسْجِيل».

وَسَائِلُ التَّعْجِيزِ مِمَّنْ قَدْ قَضَى يُمْضِي لَهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ بِالْقَضَا

إِلَّا ادِّعَاءَ حَبْسٍ أَوْ طَلَاقِ أَوْ نَسَبٍ أَوْ دَمٍ أَوْ عَتَاقِ

ثُمَّ عَلَى ذَا الْقَوْلِ لَيْسَ يُلْتَفَتْ لِمَا يُقَالُ بَعْدَ تَعْجِيزٍ ثَبَتْ

يَعْنِي أَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ إِذَا سَأَلَ مِنَ الْقَاضِي تَعْجِيزَ الْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَهُ، وَيُمْضِي عَلَيْهِ حُكْمَ التَّعْجِيزِ فِي كُلِّ شَيْءٍ يَقَعُ فِيهِ التَّحَاكُمُ بَيْنَ يَدَيِ الْقَاضِي، وَلَا يَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ النَّاظِمُ مِنَ الْحُبْسِ وَالطَّلَاقِ وَالنَّسَبِ وَالدَّمِ وَالْعَتَاقِ، فَإِذَا عَجَزَ الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، فَلَا يُلْتَفَتُ بَعْدَ ذَلِكَ لِمَا يَأْتِي بِهِ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى صِحَّةِ دَعْوَاهُ، وَلَا يُنْظَرُ لَهُ إِلَّا فِي تِلْكَ

الْأُمُورِ الْمُسْتَثْنَاةِ دُونَ غَيْرِهَا.

قَالَ ابْنُ سَهْلٍ: وَإِذَا انْقَضَتْ الْآجَالُ وَالتَّلَوُّمُ وَلَمْ يَأْتِ الْمُؤَجَّلُ لَهُ بِشَيْءٍ يُوجِبُ نَظَرًا، عَجَّزَهُ الْقَاضِي وَأَنْفَذَ الْقَضَاءَ عَلَيْهِ، وَسَجَّلَ وَقَطَعَ بِذَلِكَ شَغْبَهُ عَنْ خَصْمِهِ فِي ذَلِكَ الْمَطْلُوبِ، ثُمَّ لَا تُسْمَعُ بَعْدَ ذَلِكَ حُجَّةٌ إِنْ أَتَى بِمَكَانِ هَذَا الْمُؤَجَّلِ الْعَاجِزِ طَالِبًا أَوْ مَطْلُوبًا إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: الْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ وَالنَّسَبُ.

قَالَ ابْنُ سَهْلٍ: وَيُشْبِهُ ذَلِكَ الْحُبُسُ وَطَرِيقُ الْعَامَّةِ وَشِبْهُ ذَلِكَ مِنْ مَنَافِعِهِمْ، وَلَيْسَ عَجْزُ طَالِبِهِ يُوجِبُ مَنْعَهُ وَمَنْعَ غَيْرِهِ مِنْ النَّظَرِ لَهُ إِنْ أَتَى بِوَجْهٍ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: زِيَادَةُ الدَّمِ عَلَى الْمُسْتَثْنَيَاتِ الْمَذْكُورَةِ كَمَا عِنْدَ النَّاظِمِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِعْذَارِ وَالتَّعْجِيزِ أَنَّ الْإِعْذَارَ سُؤَالُ الْحَاكِمِ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ أَبَقِيَتْ لَك حُجَّةٌ؟ فَإِنْ قَالَ: لَا أَوْ بَقِيَتْ. وَأَنْظَرَهُ لَهَا، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ أَشْهَدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ حُجَّةٌ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَأَنَّهُ لَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي، وَذَلِكَ هُوَ التَّعْجِيزُ. اهـ.

وَفِي التَّوْضِيحِ مَا ذَكَرَهُ -أَيْ ابْنُ الْحَاجِبِ- مِنْ أَنَّهُ إِذَا ذَكَرَ أَنَّ لَهُ حُجَّةً وَتَبَيَّنَ لَدَدُهُ يَقْضِي الْقَاضِي عَلَيْهِ هُوَ التَّعْجِيزَ. اهـ[1].

(تَنْبِيهٌ) قَالَ فِي التَّبْصِرَةِ: وَلَمْ تَجْرِ عَادَةُ الْمُوَثِّقِينَ بِإِفْرَادِ عَقْدِ التَّعْجِيزِ، وَإِنَّمَا يُضَمِّنُونَهُ عَقْدَ السِّجِلَّاتِ، فَنَقُولُ: أَشْهَدَ الْقَاضِي فُلَانٌ أَنَّ فُلَانًا قَامَ عِنْدَهُ وَادَّعَى عَلَى فُلَانٍ كَذَا وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ذَلِكَ؟ فَكَلَّفَ الْقَائِمَ الْإِثْبَاتَ وَأَجَّلَهُ أَجَلًا بَعْدَ أَجَلٍ، ثُمَّ تَلَوَّمَ لَهُ فَلَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ، فَسَأَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تَعْجِيزَ وَقَطْعَ دَعْوَاهُ عَنْهُ، فَأَجَابَهُ الْقَاضِي إِلَى ذَلِكَ وَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعِي أَبَقِيَتْ لَك حُجَّةٌ؟ فَقَالَ: لَا. فَاسْتَبَانَ لَهُ عَجْزُهُ فَعَجَّزَهُ، وَقَطَعَ عَنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ طَلَبَهُ وَتَعْنِيتَهُ، وَسَجَّلَ بِذَلِكَ وَأَشْهَدَ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ فِي تَارِيخِ كَذَا. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ حَكَمَ عَلَى الْقَائِمِ بِإِسْقَاطِ دَعْوَاهُ حِينَ لَمْ يَجِدْ بَيِّنَةً مِنْ غَيْرِ صُدُورِ تَعْجِيزٍ، ثُمَّ وَجَدَ بَيِّنَةً، فَلَهُ الْقِيَامُ بِهَا وَيَجِبُ الْقَضَاءُ لَهُ.

(تَنْبِيهٌ) مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْمُعْجِزَ إِذَا أَتَى بِبَيِّنَةٍ لَمْ تُسْمَعْ هُوَ أَحَدُ أَقْوَالٍ ثَلَاثَةٍ: وَثَانِيهَا: أَنَّهَا تُسْمَعُ، وَثَالِثُهَا: أَنَّ ذَلِكَ يُقْبَلُ مِنْ الطَّالِبِ دُونَ الْمَطْلُوبِ، وَهَذَا الْخِلَافُ إِذَا عَجَّزَهُ

---

(١) منح الجليل ٨/٣٢٧.

الْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ بِالْعَجْزِ، وَأَمَّا إِذَا عَجَّزَهُ بِالتَّلَوُّم وَالْإِعْذَارِ وَهُوَ يَدَّعِي أَنَّ لَهُ حُجَّةً، فَلاَ يُقْبَلُ مِنْهُ مَا أَتَى بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «ثُمَّ عَلَى ذَا الْقَوْلِ إِلَى». إذَا قِيلَ بِإِمْضَاءِ التَّعْجِيزِ فِي كُلِّ شَيْءٍ، فَلاَ يُلْتَفَتْ إِلَى مَا يَأْتِي بِهِ، فَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ تَعْجِيزِهِ أَنَّهُ يُنْظَرُ لِمَا يَأْتِي بِهِ وَيُعْمَلُ عَلَيْهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك

الشُّهُودُ جَمْعُ شَاهِدٍ، وَأَنْوَاعُ الشَّهَادَةِ(١) عَلَى مَا ذَكَرَهُ النَّاظِمُ فِي الْفَصْلِ الْآتِي خَمْسَةٌ، وَالشَّهَادَةُ وَالرِّوَايَةُ خَبَرَانِ، غَيْرَ أَنَّ الْمُخْبَرَ عَنْهُ إِنْ كَانَ عَامًّا لَا يَخْتَصُّ بِمُعَيَّنٍ فَهُوَ الرِّوَايَةُ، كَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»(٢). وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ، بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ الْخَلْقِ، بِخِلَافِ قَوْلِ الْعَدْلِ عِنْدَ الْحَاكِمِ: لِهَذَا عِنْدَ هَذَا دِينَارٌ. فَإِنَّهُ إِلْزَامُ الْمُعَيَّنِ لَا يَتَعَدَّاهُ وَالْأَوَّلُ هُوَ الرِّوَايَةُ، وَالثَّانِي هُوَ الشَّهَادَةُ قَالَهُ الْقَرَافِيُّ، ثُمَّ أَوْرَدَ سُؤَالًا قَائِلًا مَا قَرَّرْنَاهُ مِنْ أَنَّ الشَّهَادَةَ تَتَعَلَّقُ بِجُزْئِيٍّ مَنْقُوضٍ بِأَنَّهَا قَدْ تَتَعَلَّقُ بِكُلِّيٍّ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى الْفُقَرَاءِ فِي الْوَقْفِ، وَكَذَلِكَ الرِّوَايَةُ قَدْ تَتَعَلَّقُ بِجُزْئِيٍّ كَالْإِخْبَارِ عَنِ النَّجَاسَةِ فِي الثَّوْبِ وَالْمَاءِ الْمُعَيَّنَيْنِ.

وَأَجَابَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْعُمُومَ فِي الشَّهَادَةِ بِالْعَرَضِ، وَالْمَقْصُودُ الْأَوَّلُ إِنَّمَا هُوَ الْجُزْئِيُّ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْوُقُوفِ إِنَّمَا هُوَ الْوَاقِفُ لِيَنْزِعَ الْمَالَ مِنْ يَدِهِ، وَكَوْنُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ لَا يَقْدَحُ، وَعَنِ الثَّانِي الْإِخْبَارُ عَنْ نَجَاسَةِ الْمَاءِ الْمُعَيَّنِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ وَصْفِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ صِفَةٌ كُلِّيَّةٌ، لَا بِاعْتِبَارِ ذَاتِهِ الْمَخْصُوصَةِ، وَلِذَلِكَ كَانَ كُلُّ مَاءٍ مُمَاثِلٍ لَهُ فِي الصِّفَةِ الَّتِي حُكِمَ عَلَيْهِ بِالنَّجَاسَةِ مُمَاثِلٌ لَهُ فِي الْحُكْمِ بِنَجَاسَتِهِ.

وَشَاهِدٌ صِفَتُهُ الْمَرْعِيَّهْ ... تَيَقُّظٌ عَدَالَةٌ حُرِّيَّهْ

ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَيْتِ صِفَةَ الشَّاهِدِ الْمَقْبُولِ الشَّهَادَةِ، إِلَّا أَنَّ بَعْضَهَا مُصَرَّحٌ بِهِ وَبَعْضَهَا دَاخِلٌ فِيهِ بِالتَّضَمُّنِ.

---

(١) الشهادة في اللغة هي: الإخبار بما شاهَدَه. لسان العرب ٣/٢٣٨، وفي الشرع قال ابن فرحون: إخبار يتعلق بمعين، وبقيد التعيين تفارق الرواية. التبصرة ٢/٨٥.
والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ﴾ [البقرة: ١٤٣] وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وكذلك قول الرسول ﷺ: «شاهداك أو يمينه». وقوله: «أنتم شهداء الله في أرضه، فمن أثنيتم عليه خيرًا وجبت له الجنة، ومن أثنيتم عليه شرًا وجبت له النار».
وحكمة مشروعيتها: لُطف الله تعالى بعباده لصيانة الحقوق من أنساب وأديان وأعراض واموال وأبدان، فهي من الضروريات الحاجية كالإمامة الكبرى. توضيح الأحكام على تحفة الحكام ١/٦٥.

(٢) صحيح البخاري (كتاب: بدء الوحي/باب: بدء الوحي/حديث رقم: ١).

أَوَّلُهَا: الْعَدَالَةُ، وَيَأْتِي تَفْسِيرُهَا فِي الْبَيْتَيْنِ بَعْدَ هَذَا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَهِيَ مُتَضَمِّنَةٌ لِلإِسْلاَمِ الَّذِي هُوَ شَرْطٌ فِي أَدَائِهَا، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَيُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ مَنْ لَا يُرْضَى لَيْسَ أَهْلاً لِلشَّهَادَةِ(١).

الثَّانِي: التَّيَقُّظُ: وَهُوَ الفِطْنَةُ وَالتَّحَرُّزُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْغَفْلَةِ أَوْ الْبَلَهِ لَمْ يُؤْمَنْ عَلَيْهِ التَّحَيُّلُ مِنْ أَهْلِ الحِيَلِ فَيَشْهَدُ بِالْبَاطِلِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَاشْتِرَاطُ التَّيَقُّظِ أَخَصُّ مِنْ اشْتِرَاطِ التَّكْلِيفِ المُتَضَمِّنِ لِلْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ، فَيَسْتَلْزِمُهُمَا حَسْبَ مَا مَرَّ التَّنْبِيهُ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ فِي شُرُوطِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَطَ التَّيَقُّظَ الَّذِي لَا يُمْكِنُ أَنْ يَتَّصِفَ بِهِ إِلَّا مَنْ حَصَلَ لَهُ مُطْلَقُ وَصْفِ الْعَقْلِ لِكَوْنِ التَّيَقُّظِ زِيَادَةً عَلَيْهِ، فَأَحْرَى أَنْ تَحْصُلَ مَظِنَّةُ الْعَقْلِ الَّتِي هِيَ الْبُلُوغُ، فَكَيْفَ يُتَوَهَّمُ الاِكْتِفَاءُ دُونَ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ، وَقَدْ اُشْتُرِطَ مَا لَا يَكُونُ تَامًّا إِلَّا بَعْدَ حُصُولِهِمَا؟ وَذَلِكَ ظَاهِرٌ فَاشْتِرَاطُ التَّيَقُّظِ يَتَضَمَّنُ شَرْطَيْ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ وَاكْتِفَائِهِ بِهِ دُونَهُمَا.

الثَّالِثُ: الْحُرِّيَّةُ: وَهِيَ شَرْطٌ فِي الشَّاهِدِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ قَدْرَ المَنَاصِبِ الدِّينِيَّةِ مِنْ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ وَأَمْثَالِهِمَا لَا تَلِيقُ بِذَوِي الرِّقِّ(٢).

قَالَ الشَّارِحُ: لِكَوْنِهِ بَقِيَّةً مِنْ الْبَقَايَا اللاَّحِقَةِ مِنْ شُؤْمِ الْكُفْرِ، أَوْ سِوَى ذَلِكَ مِمَّا عُلِّلَ بِهِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَالْحُرِّيَّةُ شَرْطٌ اتِّفَاقًا.

قَالَ الشَّارِحُ مَا مَعْنَاهُ: إِنْ حُمِلَ كَلاَمُ الشَّيْخِ عَلَى المُنْتَصِبِ لِلشَّهَادَةِ حَسْبَمَا سَبَقَ بِهِ الاِعْتِذَارُ فِي شَرْطِ التَّيَقُّظِ، فَهَلاَّ اشْتَرَطَ الذُّكُورِيَّةَ لِذَلِكَ؟ وَالْجَوَابُ أَنَّهُ اكْتَفَى بِالْإِتْيَانِ فِي لَفْظِ الشَّاهِدِ بِصِيغَةِ التَّذْكِيرِ عَنْ اشْتِرَاطِ الذُّكُورِيَّةِ، أَوْ أَنَّ الذُّكُورِيَّةَ غَيْرُ مُشْتَرَطَةٍ فِي الشَّاهِدِ فِي الْإِطْلاَقِ، وَإِنَّمَا هِيَ فِي أَحْكَامٍ خَاصَّةٍ. فَإِنْ قِيلَ: شَرْطُ عَدَمِ الْوِلَايَةِ فِي المَالِ اُخْتُلِفَ فِيهِ وَهَلْ هُوَ مُعْتَبَرٌ عِنْدَ الشَّيْخِ، فَنَقَصَهُ مِنْ النَّظْمِ فَلَمْ يَذْكُرْهُ، أَوْ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَسَكَتَ عَنْهُ قَصْدًا؟ فَالْجَوَابُ: أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَبِرْهُ، وَكَأَنَّهُ اعْتَمَدَ عَلَى مُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِي حَالِ الْحَجْرِ إِلَّا مَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، فَمَنْ كَانَ جَارِيَ

---

(١) حيث أن الكافر ليس فيه شيء من هذه الصفات، ومن العلماء من أجاز شهادته في الوصية في السفر، لقوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦].

(٢) واشتراط الحرية لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

التَّصَرُّفِ عَلَى الرُّشْدِ فَأَفْعَالُهُ جَائِزَةٌ نَافِذَةٌ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ، وَمَنْ كَانَ بِعَكْسِ ذَلِكَ فَأَفْعَالُهُ كُلُّهَا عِنْدَهُ مَرْدُودَةٌ، وَإِنْ كَانَ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ، وَأَمَّا عَلَى مُقْتَضَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي اعْتِبَارِ الْوِلَايَةِ فِي الْحَالِ إِذَا وُجِدَتْ، وَعَدَمِ اعْتِبَارِهَا إِذَا لَمْ تُوجَدْ، فَلَا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ هَذَا الشَّرْطِ، وَيَكُونُ قَدْ نَقَصَهُ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَا اعْتِذَارَ عَنْ نَقْصِهِ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ إِلَّا مُسَامَحَةَ قَصْدِ الِاخْتِصَارِ فِي عَدَمِ الِاسْتِيفَاءِ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ وَبَعْضُهُ بِالْمَعْنَى[١].

وَالْعَـــدْلُ مَـــنْ يَجْتَنِـــبُ الْكَبَـــائِرَ وَيَتَّقِـــي فِي الْغَالِـــبِ الـــصَّغَائِرَ

وَمَـــا أُبِـــيحَ وَهُـــوَ فِي الْعِيَـــانِ يَقْـــدَحُ فِي مُـــرُوءَةِ الْإِنْـــسَانِ

لَمَّا ذَكَرَ صِفَةَ الشَّاهِدِ وَكَانَتْ الْعَدَالَةُ مِنْ جُمْلَتِهَا، بَيَّنَهَا فِي هَذَيْنِ الْبَيْتَيْنِ، فَأَخْبَرَ أَنَّ الْعَدْلَ هُوَ الَّذِي يَجْتَنِبُ الذُّنُوبَ الْكَبَائِرَ دَائِمًا، كَالشُّرْبِ وَالسَّرِقَةِ وَنَحْوِهِمَا، وَيَتَّقِي أَيْضًا الذُّنُوبَ الصَّغَائِرَ فِي غَالِبِ أَحْوَالِهِ، وَيَتَّقِي أَيْضًا الْأَمْرَ الْمُبَاحَ الَّذِي يَقْدَحُ فِي الْمُرُوءَةِ: كَالْأَكْلِ فِي السُّوقِ، وَالْمَشْيِ حَافِيًا فِي بَلَدٍ لَا يَفْعَلُونَ ذَلِكَ.

وَإِنَّمَا قَالَ: «وَيَتَّقِي فِي الْغَالِبِ». لِأَنَّ النَّادِرَ لَا يُعْتَدُّ بِهِ وَلَا يَسْلَمُ مِنْهُ إِلَّا مَنْ عَصَمَهُ اللهُ تَعَالَى، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ: مِنَ الرِّجَالِ رِجَالٌ لَا تُذْكَرُ عُيُوبُهُمْ[٢].

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: إِذَا كَانَ عَيْبُهُ خَفِيفًا وَالْأَمْرُ كُلُّهُ حَسَنٌ، فَلَا يُذْكَرُ الْيَسِيرُ الَّذِي لَيْسَ بِمَعْصُومٍ مِنْهُ أَحَدٌ فِي الصَّلَاحِ.

وَقَدْ حَدَّ بَعْضُهُمْ الْعَدَالَةَ بِقَوْلِهِ: هِيَ اجْتِنَابُ الْكَبَائِرِ[٣]، وَتَوَقِّي الصَّغَائِرِ، وَحِفْظُ الْمُرُوءَةِ[٤].

وَقَيَّدَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ الصَّغَائِرَ بِصَغَائِرِ الْخِسَّةِ قَالُوا: كَتَطْفِيفِ حَبَّةٍ أَوْ سَرِقَةٍ، وَأَمَّا

---

(١) حيث أن الكافر ليس فيه شيء من هذه الصفات، ومن العلماء من أجاز شهادته في الوصية في السفر، لقوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦].

(٢) البيان والتحصيل ١٠/١١٩.

(٣) كالزنا وشرب الخمر وقتل النفس بغير حق والسحر وشهادة الزور والغيبة والنميمة.

(٤) التاج والإكليل ٦/١٥٠، والمروءة هي: المحافظة على فعل مباح يوجب تركه الذم عرفًا كترك الانتعال وتغطية الرأس، وعلى ترك مباح يوجب فعله الذم عرفًا كالاكل في الشوارع أو في السوق أو حانوت الطباخ. وليس المراد بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وحسن الهيئة واللباس، بل المراد التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والارتفاع عن كل خلق رديء. توضيح الأحكام ١/٧٣.

غَيْرُهَا كَالنَّظَرِ لِأَجْنَبِيَّةٍ فَلاَ تَقْدَحُ.

وَفِي تَقْسِيمِ الذُّنُوبِ إِلَى كَبَائِرَ وَصَغَائِرَ خِلاَفٌ، أُنْظُرْ الدُّرَّ الثَّمِينَ فِي شَرْحِ الْمُرْشِدِ الْمُعِينِ.

فَالْعَــدْلُ ذُو التَّبْرِيــزِ لَـيْسَ يَقْـدَحُ　　فِيــهِ سِــوَى عَــدَاوَةٍ تُــسْتَوْضَحُ

وَغَــيْرُ ذِي التَّبْرِيــزِ قَــدْ يُجَــرَّحُ　　بِغَيْرِهَــا مِــنْ كُــلِّ مَــا يُــسْتَقْبَحُ

ذَكَرَ فِي الْبَيْتَيْنِ مَا لَا يُجَرَّحُ بِهِ الشَّاهِدُ وَمَا يُجَرَّحُ بِهِ، وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْعَدْلَ مُبَرِّزٌ وَغَيْرُ مُبَرِّزٍ، فَالْمُبَرِّزُ لَا يُقْدَحُ فِيهِ وَلَا يُجْرَحُ إِلَّا بِالْعَدَاوَةِ، يَعْنِي: وَالْقَرَابَةَ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَيُقْدَحُ فِيهِ وَيُجَرَّحُ بِالْعَدَاوَةِ وَالْقَرَابَةِ، وَغَيْرِهِمَا مِنْ كُلِّ قَبِيحٍ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: يُسْمَعُ الْجَرْحُ فِي الرَّجُلِ الْمُتَوَسِّطِ فِي الْعَدَالَةِ مُطْلَقًا، وَيُسْمَعُ فِي الْمُبَرِّزِ وَالْمَعْرُوفِ بِالْعَدْلِ وَالصَّلاَحِ إِذَا طُلِبَ، ذَلِكَ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ مِنْ بَابِ الْعَدَاوَةِ أَوْ الْهِجْرَةِ أَوْ الْقَرَابَةِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَاخْتُلِفَ هَلْ يُقْبَلُ فِيهِ الْجَرْحُ مِنْ وَجْهِ الْإِسْفَاهِ فَمَنَعَهُ أَصْبَغُ، وَأَجَازَهُ سَحْنُونٌ. اهـ[1].

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: وَقَدْحٌ فِي الْمُتَوَسِّطِ بِكُلٍّ، وَفِي الْمُبَرِّزِ بِعَدَاوَةٍ أَوْ قَرَابَةٍ وَأَنَّ بِدُونِهِمَا كَغَيْرِهِمَا عَلَى الْمُخْتَارِ[2]. وَالْمُبَرِّزُ بِكَسْرِ الرَّاءِ الْمُشَدَّدَةِ اسْمُ فَاعِلٍ مِنْ بَرَّزَ بِالتَّشْدِيدِ إِذَا فَاقَ أَصْحَابَهُ، وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ إِذَا سَبَقَ.

قَالَ فِي الْقَامُوسِ: رَجُلٌ بَرْزٌ وَبَرْزِيٌّ عَفِيفٌ مَوْثُوقٌ بِعَقْلِهِ وَرَأْيِهِ، وَقَدْ بَرُزَ كَكَرُمَ، وَبَرَّزَ تَبْرِيزًا فَاقَ أَصْحَابَهُ فَضْلاً أَوْ شَجَاعَةً، وَالْفَرَسُ عَنْ الْخَيْلِ سَبَقَهَا وَرَاكِبُهُ نَجَّاهُ.اهـ[3].

وَفِي الْمِعْيَارِ: عَنْ التَّنْبِيهَاتِ هُوَ بِكَسْرِ الرَّاءِ الْمُشَدَّدَةِ؛ أَيْ: ظَاهِرُ الْعَدَالَةِ سَابِقًا غَيْرَهُ مُتَقَدِّمًا فِيهَا، وَأَصْلُهُ مِنْ تَبْرِيزِ الْخَيْلِ فِي السَّبْقِ وَتَقَدُّمِ سَابِقِهَا وَهُوَ الْمُبَرِّزُ لِظُهُورِهِ وَبُرُوزِهِ أَمَامَهَا. اهـ.

قَالَ غَيْرُهُ: هُوَ اسْمُ فَاعِلٍ مِنْ بَرَّزَ مُشَدَّدُ الرَّاءِ، وَأَصْلُهُ بَرَزَ خَفِيفَةٌ بِمَعْنَى خَرَجَ إِلَى

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ١٧٦، ومنح الجليل ٨/ ٤٣٨.

(٢) مختصر خليل ص ٢٢٣.

(٣) المحكم والمحيط الأعظم ٩/ ٣٨، والقاموس المحيط ص ٦٤٦.

الْبَرَازِ بِفَتْحِ الرَّاءِ، وَهُوَ الْفَضَاءُ الْمُتَّسِعُ مِنْ الْأَرْضِ وَضُوعِفَ تَكْثِيرًا. اهـ.

قَالَ فِي الْمِعْيَارِ: وَعَوَامُّ الْوَقْتِ بَعْضِ الطَّلَبَةِ يَظُنُّونَ أَنَّ الْمُبَرِّزَ فِي الْعَدَالَةِ مَنْ تَصَدَّى وَبَرَزَ بِإِذْنِ الْأَمِيرِ أَوْ الْقَاضِي لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ وَبَيْعِهَا فِي الْأَسْوَاقِ، وَلَيْسَ كَمَا ظَنُّوا، وَكَانَ بَعْضُ الشُّيُوخِ يُمَثِّلُ الْمُبَرِّزَ بِالشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ صَالِحٍ وَنُظَرَائِهِ، وَمَا أَقَلَّ هَذَا الْوَصْفَ فِي هَذَا الزَّمَانِ الْمِسْكِينِ، بَلْ كَادَ أَنْ يُعْدَمَ بِالْكُلِّيَّةِ، وَكُنْت وَقَفْتُ عَلَى بَعْضِ أَجْوِبَةِ شَيْخِنَا الْإِمَامِ أَبِي عَبْدِ اللهِ مُحَمَّدِ بْنِ الْعَبَّاسِ[1] -تَغَمَّدَهُ اللهُ بِرَحْمَتِهِ- وَهُوَ يَقُولُ فِيهِ: وَالتَّبْرِيزُ فِي زَمَانِنَا مَعْدُومٌ كَانْعِدَامِ بَيْضِ الْأَنُوَاقِ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَبْدِ اللهِ مُحَمَّدُ بْنُ قَاسِمٍ الْقُورِيُّ[2]: وَالْمُبَرِّزُ فِي الْعَدَالَةِ الْمُنْقَطِعُ فِي الْخَيْرِ وَالصَّلَاحِ وَأَيْنَ هُوَ الْيَوْمَ؟ إِنَّمَا هُوَ فِي وَقْتِنَا كَالْغُرَابِ الْأَعْصَمِ بَيْنَ الْغِرْبَانِ.

قَالَ صَاحِبُ الْمِعْيَارِ: قُلْت: أَمَّا عَدَمُ هَذَا الْوَصْفِ وَهُوَ التَّبْرِيزُ فِي الْعَدَالَةِ، أَوْ عِزَّتُهُ فِي الْمُنْتَصِبِينَ فِي الشَّهَادَةِ مِمَّنْ أَدْرَكْنَا مِنْ عُدُولِ الْمَغْرِبِ الْأَوْسَطِ وَالْأَقْصَى فَغَيْرُ بَعِيدٍ، وَأَمَّا عَدَمُهُ أَوْ عِزَّتُهُ فِي الْمُنْتَصِبِينَ وَغَيْرِهِمْ فَغَيْرُ مُسَلَّمٍ، وَقَدْ شَاهَدْنَا مِنْهُمْ -وَالْحَمْدُ للهِ- عَدَدًا كَثِيرًا، وَكَتَبَ مُسَلِّمًا عَلَيْكُمْ عَبْدُ اللهِ أَحْمَدُ بْنُ يَحْيَى بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ الْوَنْشَرِيسِيِّ -وَفَّقَهُ اللهُ- اهـ. وَذَلِكَ بَعْدَ نَحْوِ ثَمَانِي عَشْرَةَ وَرَقَةً مِنْ نَوَازِلِ الْهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ.

قُلْت: وَعَلَى مَا ذُكِرَ مِمَّا يَعْتَقِدُهُ عَوَامُّ الْوَقْتِ وَبَعْضُ الطَّلَبَةِ، يَقْرَأُ بِفَتْحِ الرَّاءِ اسْمَ مَفْعُولٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَنْ عَلَيْهِ وَسْمُ خَيْرٍ قَدْ ظَهَرْ ... زُكِّيَ إِلَّا فِي ضَرُورَةِ السَّفَرْ

وَمَنْ بِعَكْسِ حَالِهِ فَلَا غِنَى ... مِنْ أَنْ يُزَكَّى وَالَّذِي قَدْ أَعْلَنَا

---

(١) محمد بن العباس بن محمد بن عيسى العبادي، أبو عبد الله، التلمساني، فقيه نحوي، كان شيخ شيوخ وقته في تلمسان، من كتبه (شرح لامية الأفعال) لابن مالك في الصرف، و(شرح جمل الخونجي) في المنطق، و(العروة الوثقى في تنزيه الأنبياء عن فرية الإلقا) و(فتاوي)، توفي بالطاعون سنة ٨٧١ هـ. انظر: الضوء اللامع ٢٧٨/٧، وكشف الظنون ١٥٣٦، وشجرة النور ٢٦٤، ومعجم المؤلفين ١٢١/١٠.

(٢) محمد بن القاسم بن أحمد، أبو عبد الله اللخمي المكناسي المغربي، ويعرف بالقوري نسبة للقور، مفتي المغرب الأقصى، كان متقدمًا في حفظ المتون وفقيهها، وعلق على مختصر الشيخ خليل، وكان ممن أخذ عنه الفاضل أحمد بن أحمد زروق، توفي في أواخر ذي القعدة سنة ٨٧٢ هـ. انظر: الضوء اللامع ٢٤٦/٤، ومعجم المؤلفين ١٤٣/١١.

بِحَالَةِ الْجَرْحِ فَلَيْسَ تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ وَلَا يُعَدَّلُ
وَمَنْ يَكُنْ مَجْهُولَ حَالٍ زُكِّيَا وَشُبْهَةٌ تُوجِبُ فِيمَا ادُّعِيَا

حَصَرَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ أَحْوَالَ الشَّاهِدِ غَيْرَ الْمَعْرُوفِ بِالْعَدَالَةِ، بِاعْتِبَارِ افْتِقَارِهِ لِلتَّزْكِيَةِ وَعَدَمِ افْتِقَارِهِ، فَأَخْبَرَ بِأَنَّ مَنْ شَهِدَ فِي أَمْرٍ مِنَ الْأُمُورِ، فَلاَ يَخْلُو حَالُهُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِمَّا أَنْ يُظْهِرَ عَلاَمَةَ الْخَيْرِ عَلَيْهِ، أَوْ عَلاَمَةَ الشَّرِّ، أَوْ يُعْلِنَ بِالشَّرِّ، أَوْ يُجْهَلَ حَالُهُ.

فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ عَلاَمَةُ الْخَيْرِ وَالدِّينِ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ لَا تُقْبَلُ إِلَّا إِذَا زُكِّيَ، بِأَنْ يَشْهَدَ لَهُ اثْنَانِ فَأَكْثَرُ بِأَنَّهُ عَدْلٌ، رِضًا مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِلَّا فِي السَّفَرِ؛ أَعْنِي: شَهَادَةَ أَهْلِ الْقَافِلَةِ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ عِنْدَ حَاكِمِ أَهْلِ الْقَرْيَةِ، أَوْ الْبَلْدَةِ الَّتِي حَلُّوا أَوْ مَرُّوا بِهَا، فَإِنَّ مَالِكًا وَجَمِيعَ أَصْحَابِهِ أَجَازُوا شَهَادَتَهُمْ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفُوا بِعَدَالَةٍ وَلَا سُخْطَةٍ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «إِلَّا فِي ضَرُورَةِ السَّفَرِ». وَقَدْ تَقَدَّمَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَبْلَ فَصْلِ خِطَابِ الْقُضَاةِ. وَإِنْ ظَهَرَتْ عَلَيْهِ عَلاَمَةُ الشَّرِّ وَلَمْ تَتَحَقَّقْ عَلَيْهِ، فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ حَتَّى يُزَكَّى، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمَنْ بِعَكْسِ حَالِهِ فَلاَ غِنَى مِنْ أَنْ يُزَكَّى وَالَّذِي قَدْ أَعْلَنَا». وَإِنْ كَانَ مُعْلِنًا بِالشَّرِّ وَمَا لَا يَلِيقُ فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَا يَصِحُّ تَعْدِيلُهُ؛ لِأَنَّ حَالَتَهُ الَّتِي أَعْلَنَ بِهَا مُكَذِّبَةٌ لِمَنْ يُرِيدُ تَعْدِيلَهُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالَّذِي قَدْ أَعْلَنَا بِحَالَةِ الْجَرْحِ فَلَيْسَ تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ وَلَا يُعَدَّلُ».

وَإِنْ كَانَ مَجْهُولَ الْحَالِ فَلَمْ يَظْهَرْ عَلَيْهِ وَسْمُ خَيْرٍ وَلَا شَرٍّ، فَلاَ بُدَّ مِنْ تَزْكِيَتِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلاَ تُهْمَلُ شَهَادَتُهُ كَمَنْ ظَهَرَتْ عَلَيْهِ عَلاَمَةُ الشَّرِّ، بَلْ لَهَا مَزِيَّةٌ، وَهِيَ أَنَّ شَهَادَتَهُ تُوجِبُ شُبْهَةً فِي الْمُدَّعَى فِيهِ قَبْلَ تَزْكِيَتِهِ إِلَى أَنْ تَثْبُتَ التَّزْكِيَةُ، فَيَتَرَتَّبُ الْحُكْمُ عَلَى الشَّهَادَةِ، أَوْ يُعْجَزُ عَنْ التَّزْكِيَةِ، فَتَضْمَحِلُّ الشُّبْهَةُ الْمُتَرَتِّبَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَإِذَا أَوْجَبَتْ شَهَادَةُ الْمَجْهُولِ الْحَالِ شُبْهَةً فِي الْمُدَّعَى فِيهِ، فَأَحْرَى أَنْ تُوجِبَهَا شَهَادَةُ مَنْ ظَهَرَتْ عَلَيْهِ سِمَةُ الْخَيْرِ.

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ: سُئِلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ الشَّاهِدِ لَا يَعْرِفُهُ الْقَاضِي بِعَدَالَةٍ وَلَا بِحَالٍ فَاسِدَةٍ، وَهُوَ مِمَّنْ يَشْهَدُ الصَّلاَةَ فِي الْمَسَاجِدِ وَلَا يَعْرِفُهُ بِأَمْرٍ قَبِيحٍ أَتُجِيزُ شَهَادَةً أَمْ لَا؟ فَقَالَ: لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَقْبَلَ إِلَّا عَدْلًا ثَابِتَ الْعَدَالَةِ(١).

---

(١) البيان والتحصيل ١٠/٧٩.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: هَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ أَهْلِ الْعِلْمِ وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إِذْ لَا يُرْضَى إِلَّا مَنْ تُعْرَفُ عَدَالَتُهُ. قَالَ: وَقَدْ أَجَازَ ابْنُ حَبِيبٍ شَهَادَةَ مَنْ ظَاهِرُهُ الْعَدَالَةُ بِالتَّوَسُّمِ فِيمَا يَقَعُ فِي الْأَسْفَارِ بَيْنَ الْمُسَافِرِينَ مِنْ الْمُعَامَلَاتِ وَالتِّجَارَاتِ، وَالْأَكْرِيَةِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُكَارِينَ، مُرَاعَاةً لِقَوْلِ الْحَسَنِ وَاللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ[1].

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَأَمَّا الشَّاهِدُ الَّذِي لَا نَتَوَسَّمُ فِيهِ الْعَدَالَةَ وَلَا الْجُرْحَةَ، فَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمَوَاضِعِ دُونَ تَزْكِيَتِهِ، إِلَّا أَنَّ شَهَادَتَهُ شُبْهَةٌ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ، وَعِنْدَ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ فَتُوجِبُ الْيَمِينَ، وَتُوجِبُ الْقَسَامَةَ، وَتُوجِبُ الْحَمِيلَ، وَتَوْقِيفَ الشَّيْءِ الْمُدَّعَى فِيهِ.

وَقَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيُّ: فِي شَهَادَةِ مَنْ تُتَوَسَّمُ فِيهِ الْجُرْحَةُ: أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ إِلَّا بِتَزْكِيَةٍ، وَلَا تَكُونُ شُبْهَةً تُوجِبُ حُكْمًا.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: لَا يَقْبَلُ الْقَاضِي فِيمَنْ عَلِمَ جُرْحَتَهُ تَعْدِيلاً فِيمَنْ شَهِدَ بِهِ.

وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: وَأَعْلَى مَنَازِلِ الشَّاهِدِ أَنَّ الْأَمْرَ فِيهِ مُشْكِلٌ وَمُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْعَدَالَةِ وَسُقُوطِهَا، وَقَدْ اُشْتُرِطَتْ الْعَدَالَةُ، فَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ مَعَ الشَّكِّ فِي وُجُودِ ذَلِكَ الشَّرْطِ إِلَّا مَنْ شُهِرَ اسْمُهُ بِالصَّلَاحِ وَالْخَيْرِ، وَقَدْ شَهِدَ فَلَا تُطْلَبُ تَزْكِيَتُهُ، وَيُحْمَلُ عَلَى مَا عُرِفَ بِهِ حَتَّى يَثْبُتَ غَيْرُ ذَلِكَ. اهـ.

وَمُطْلَقًا مَعْرُوفُ عَيْنٍ عُدِّلَا ... وَالْعَكْسُ حَاضِرًا وَإِنْ غَابَ فَلَا

يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَى التَّزْكِيَةِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ الْعَيْنِ فَيُعَدَّلُ، سَوَاءٌ كَانَ حَاضِرًا بِمَجْلِسِ الْقَاضِي أَوْ غَائِبًا عَنْهُ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْإِطْلَاقِ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفَ الْعَيْنِ، وَهُوَ مَجْهُولُ الْعَيْنِ وَهُوَ الَّذِي عُنِيَ بِالْعَكْسِ، فَلَا يُعَدَّلُ إِلَّا حَاضِرًا عَلَى عَيْنِهِ، وَأَمَّا مَعَ غَيْبَتِهِ فَلَا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَهَلْ يُحْمَلُ قَوْلُهُ: «مَعْرُوفُ عَيْنٍ». عَلَى مَنْ يَعْرِفُهُ الْحَاكِمُ الَّذِي يُزَكَّى بَيْنَ يَدَيْهِ عَيْنُهُ، أَوْ عَلَى مَا هُوَ أَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ مِمَّنْ عَرَفَ عَيْنَهُ النَّاسُ، سَوَاءٌ عَرَفَ الْحَاكِمُ عَيْنَهُ أَوْ لَمْ يَعْرِفْهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَصَدَ الْأَوَّلَ، وَعَلَيْهِ يَدُلُّ قَوْلُ ابْنِ أَبِي زَمَنِينَ فِي الْمُنْتَخَبِ.

---

(١) البيان والتحصيل ١٠/٨٠.

قَالَ: وَفِي المُدَوَّنَةِ قَالَ سَحْنُونٌ: قُلْت لِابْنِ الْقَاسِمِ: أَيُزَكَّى الشَّاهِدُ وَهُوَ غَائِبٌ عَنْ الْقَاضِي؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ مُحَمَّدٌ[1]: وَهَذَا فِي الرَّجُلِ الَّذِي يَعْرِفُهُ، وَأَمَّا مَنْ لَا يَعْرِفُهُ فَلَا تَكُونُ التَّزْكِيَةُ إِلَّا عَلَى عَيْنِهِ[2]. وَهَذَا مِنْ أَصْلِ قَوْلِهِمْ.

وَعَلَى المَحْمَلِ الثَّانِي يَدُلُّ مَا نَقَلَهُ ابْنُ يُونُسَ عَنْ سَحْنُونٍ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَفِيهَا يُزَكَّى الشَّاهِدُ وَهُوَ غَائِبٌ عَنْ الْقَاضِي.

الصَّقَلِّيِّ عَنْ سَحْنُونٍ: مَعْنَاهُ إِنْ كَانَ مَشْهُورًا، فَأَمَّا غَيْرُ المَعْرُوفِ فَلَا يُزَكَّى إِلَّا بِحَضْرَتِهِ.

عَبْدُ الْحَقِّ[3]: مَعْنَاهُ إِنْ كَانَ غَائِبًا عَنْ مَجْلِسِ الْقَاضِي وَهُوَ حَاضِرٌ الْبَلَدَ أَوْ قَرِيبٌ جِدًّا، وَمَنْ بَعُدَتْ غَيْبَتُهُ جَازَتْ تَزْكِيَتُهُ كَمَا يُقْضَى عَلَيْهِ. وَنَحْوُهُ لِأَبِي مُحَمَّدٍ يَعْنِي ابْنَ أَبِي زَيْدٍ.

وَشَاهِدٌ تَعْدِيلُهُ بِاثْنَيْنِ ... كَذَاكَ تَجْرِيحُ مُبَرِّزَيْنِ

وَالْفَحْصُ مِنْ تِلْقَاءِ قَاضٍ قَنَعَا ... فِيهِ بِوَاحِدٍ فِي الْأَمْرَيْنِ مَعَا

يَعْنِي أَنَّ التَّعْدِيلَ وَالتَّجْرِيحَ لِلشَّاهِدِ لَا يَثْبُتُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا بِعَدْلَيْنِ مُبَرِّزَيْنِ.

قَالَ الشَّارِحُ: هَذَا هُوَ الَّذِي جَرَى بِهِ الْعَمَلُ وَمَضَتْ بِهِ الْأَحْكَامُ، وَإِذَا كَانَ الْفَحْصُ فِي ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ الْقَاضِي، فَإِنَّهُ يَقْنَعُ فِيهِ بِالْوَاحِدِ فِي الْأَمْرَيْنِ مَعًا، أَعْنِي فِي التَّجْرِيحِ وَالتَّعْدِيلِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ خُرُوجُهُ مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ إِلَى بَابِ الْخَبَرِ، وَلَا خَفَاءَ بِأَنَّ الشَّهَادَةَ يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّعَدُّدُ مَعَ الْعَدَالَةِ، وَسَائِرِ مَا يُشْتَرَطُ فِي الشَّاهِدِ، وَأَنَّ المُخْبِرَ غَيْرُ مُشْتَرَطٍ فِيهِ التَّعَدُّدَ، فَاكْتَفَى فِي كُلِّ مَا مَرْجِعُهُ إِلَى بَابِ الْخَبَرِ بِوَاحِدٍ.

---

(١) محمد بن إبراهيم بن زياد المواز، أبو عبد الله، فقيه مالكي، من أهل الإسكندرية، انتهت إليه رياسة المذهب في عصره، له تصانيف منها (الموازية)، توفي سنة ٢٦٩ هـ. انظر: الوافي بالوفيات ١/٣٣٥ - ٣٣٦، والديباج المذهب ٢/١٦٦ - ١٦٧، وشذرات الذهب ٢/١٧٧، وسير أعلام النبلاء ١٣/٦.

(٢) المدونة ٤/١٣.

(٣) أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي الصقلي، الإمام شيخ المالكية، تفقه على أبي بكر بن عبدالرحمن، وأبي عمران الفاسي، لقي القاضي عبد الوهاب صاحب (التلقين)، وله كتب منها: (النكت والفروق لمسائل المدونة) و(تهذيب الطالب)، توفي بالإسكندرية عام ٤٦٦ هـ. انظر: ترتيب المدارك ٤/٤٧٦، والديباج المذهب ٢/٥٦، وشجرة النور ١١٦، وسير أعلام النبلاء ١٨/٣٠١.

قَالَ فِي المُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يُقْبَلُ فِي التَّزْكِيَةِ أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ[١].

وَإِنْ اقْتَضَى الْقَاضِي رَجُلاً لِلْكَشْفِ جَازَ أَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ مَا نُقِلَ مِنَ التَّزْكِيَةِ عَنْ رَجُلَيْنِ لَا أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ[٢].

وَقَالَ سَحْنُونٌ: لَا يَجُوزُ فِي التَّزْكِيَةِ فِي الْعَلاَنِيَةِ إِلَّا المُبَرِّزُ النَّافِذُ الْفَطِنُ الَّذِي لَا يُخْدَعُ فِي عِلْمِهِ، وَلَا يُسْتَزَلُّ فِي رَأْيِهِ. اهـ[٣].

فَفِي كِتَابِ ابْنِ يُونُسَ: قَالَ ابْنُ المَاجِشُونِ: وَكُلُّ مَا يَبْتَدِئُ الْقَاضِي السُّؤَالَ عَنْهُ وَالْكَشْفَ مِنْ الْأُمُورِ، فَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِيهِ قَوْلَ الْوَاحِدِ، وَمَا لَمْ يَبْتَدِئْهُ هُوَ وَإِنَّمَا يُبْتَدَأُ بِهِ إِلَيْهِ فِي ظَاهِرٍ، أَوْ بَاطِنٍ فَلاَ بُدَّ مِنْ شَاهِدَيْنِ فِيهِ[٤].

وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: الْعَدَالَةُ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ إِذَا كَانَ التَّعْدِيلُ مِنْ الْقَائِمِ بِالشَّهَادَةِ، أُخْتُلِفَ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِمَسْأَلَةٍ مِنَ الْقَاضِي سَأَلَ مَنْ حَضَرَهُ، أَوْ بِمَسْأَلَةِ مَنْ يَكْشِفُهُ سَأَلَ مَنْ حَضَرَهُ أَوْ مَضَى إِلَى مَنْ يَسْأَلُهُ، فَقِيلَ: لَا يُقْبَلُ أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ. وَقِيلَ: وَاحِدٌ لِأَنَّهَا مِنْ بَابِ الْخَبَرِ. وَاسْتَحْسَنَ اللَّخْمِيُّ الْأَوَّلَ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: السُّؤَالُ عَنْ الشُّهُودِ فِي السِّرِّ هُوَ تَعْدِيلُ السِّرِّ وَهُوَ مِمَّا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَفْعَلَهُ وَلَا يَكْتَفِي بِتَعْدِيلِ الْعَلاَنِيَةِ دُونَهُ، وَلَهُ أَنْ يَكْتَفِيَ بِتَعْدِيلِ السِّرِّ دُونَ تَعْدِيلِ الْعَلاَنِيَةِ، وَتَعْدِيلُ السِّرِّ لَا عُذْرَ فِيهِ وَيُجْزِئُ فِيهِ الشَّاهِدُ الْوَاحِدُ، وَإِنْ كَانَ الِاخْتِيَارُ اثْنَيْنِ بِخِلاَفِ تَعْدِيلِ الْعَلاَنِيَةِ[٥].

وَ«مُبَرِّزَيْنِ» أَعْرَبَهُ بَعْضُهُمْ صِفَةً لِاثْنَيْنِ، وَفِيهِ الْفَصْلُ بَيْنَ الصِّفَةِ وَالمَوْصُوفِ بِجُمْلَةِ «كَذَاكَ تَجْرِيحٌ».

وَمَنْ يُزَكِّ فَلْيَقُلْ عَدْلٌ رِضَا ... وَبَعْضُهُمْ يُجِيزُ أَنْ يُبَعَّضَا

يَعْنِي أَنَّ التَّزْكِيَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِهَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ مَعًا، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ المُزَكِّي -

---

(١) المدونة ٤/١٣.

(٢) قال ابن شاس في الجواهر: ينبغي للحاكم أن يستكثر من العدول ولا يكتفي باثنين إلا في الفائقين في العدالة والعلم بالتعديل.

(٣) التاج والإكليل ٦/١٥٧.

(٤) منح الجليل ٨/٢٩٢، ومواهب الجليل ٨/١٠٧.

(٥) التاج والإكليل ٦/١٥٨.

بِالْكَسْرِ- فِي الْمُزَكَّى -بِالْفَتْحِ-: هُوَ عَدْلٌ رِضًا.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: لَا يُجْزِئُ فِي التَّعْدِيلِ إِلَّا الْقَوْلُ بِأَنَّهُمْ عُدُولٌ مَرْضِيُّونَ. اهـ.

وَهَذَا هُوَ التَّعْدِيلُ التَّامُّ عِنْدَ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ، وَنُقِلَ عَنْ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ جَوَازُ الِاكْتِفَاءِ بِقَوْلِهِ: «رِضًا».

وَنُقِلَ عَنْ سَحْنُونٍ أَنَّهُ إِنِ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: «عَدْلٌ» أَجْزَأَهُ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَبَعْضُهُمْ يُجِيزُ أَنْ يُبَعَّضَا».

قَالَ اللَّخْمِيُّ: إِذَا عُلِمَ مِنْهُ بَعْدَ الْمُخَالَطَةِ اجْتِنَابُ الْكَذِبِ، وَاجْتِنَابُ الْكَبَائِرِ، وَالْوَفَاءُ بِالْأَمَانَةِ، جَازَ أَنْ يُعَدِّلَهُ، وَإِذَا قَالَ الْمُعَدِّلُ: عَدْلٌ رِضًا صَحَّتِ الْعَدَالَةُ، وَاخْتُلِفَ إِذَا اخْتَصَرَ عَلَى أَحَدِ الْكَلِمَتَيْنِ، فَقَالَ: عَدْلٌ. أَوْ قَالَ: رِضًا. هَلْ يَكُونُ ذَلِكَ تَعْدِيلاً أَوْ لَا؟

وَالْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهَيْنِ، فَإِنْ قَالَ إِحْدَى الْكَلِمَتَيْنِ وَلَمْ يُسْأَلْ عَنِ الْأُخْرَى فَهُوَ تَعْدِيلٌ؛ لِأَنَّ الْعَدْلَ مِمَّنْ يَرْضَى لِلشَّهَادَةِ وَالرِّضَى عَدْلٌ، وَقَدْ وَرَدَ الْقُرْآنُ بِقَبُولِ شَهَادَةِ مَنْ وُصِفَ بِإِحْدَى الْكَلِمَتَيْنِ، وَإِنْ وَصَفَ الْمُعَدِّلُ بِإِحْدَى الْكَلِمَتَيْنِ فَسُئِلَ عَنِ الْأُخْرَى فَوَقَفَ كَانَ ذَلِكَ رِيبَةً فِي تَعْدِيلِهِ، وَيُسْأَلُ عَنِ السَّبَبِ فِي وُقُوفِهِ، فَقَدْ يَذْكُرُ وَجْهًا يَرِيبُ فَمُوقَفٌ عَنْهُ. اهـ.

ثُمَّ نَقَلَ الشَّيْخُ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ الشَّاطِبِيِّ مَا حَاصِلُهُ أَنَّ الْعَدَالَةَ مُعْتَبَرَةٌ فِي كُلِّ زَمَانٍ بِأَهْلِهِ وَبِحَسَبِهِ، فَعَدَالَةُ الصَّحَابَةِ ﷺ لَا تُسَاوِيهَا عَدَالَةُ التَّابِعِينَ، وَعَدَالَةُ التَّابِعِينَ لَا تُسَاوِيهَا عَدَالَةُ مَنْ يَلِيهِمْ، وَكَذَلِكَ كُلُّ زَمَانٍ مَعَ مَا بَعْدَهُ إِلَى زَمَانِنَا هَذَا، وَلَوْ فُرِضَ زَمَانٌ يَعْرَى عَنِ الْعُدُولِ جُمْلَةً، لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ إِقَامَةِ الْأَشْبَهِ، فَهُوَ الْعَدْلُ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ، وَكَذَلِكَ تُعْتَبَرُ فِي كُلِّ مَكَانٍ بِأَهْلِهِ، فَلَيْسَتِ الْعُدُولُ فِي الْحَوَاضِرِ كَالْعُدُولِ فِي الْبَوَادِي، انْظُرْ تَمَامَ كَلَامِهِ إِنْ شِئْتَ.

(تَنْبِيهٌ) تَقَدَّمَ فِي شَرْحِ الْبَيْتَيْنِ قَبْلَ هَذَا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْمُزَكِّي أَنْ يَكُونَ مُبَرِّزًا فِي الْعَدَالَةِ فَطِنًا لَا يُخْدَعُ.

وَفِي الْمَوَّاقِ: لَا يُزَكِّي الشَّاهِدُ إِلَّا مَنْ خَالَطَهُ فِي الْأَخْذِ وَالْإِعْطَاءِ، وَطَالَتْ صُحْبَتُهُ إِيَّاهُ فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ[1].

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٥٨.

اللَّخْمِيُّ: وَلَا يُقْبَلُ التَّعْدِيلُ بِيَسِيرِ الْمُخَالَطَةِ، وَلَا يُقْبَلُ تَعْدِيلُهُ مِنْ غَيْرِ سُوقِهِ وَمَحَلَّتِهِ، فَإِنْ وَقَفَ أَهْلُ سُوقِهِ وَمَحَلَّتِهِ عَنْ تَعْدِيلِهِ فَذَلِكَ رِيبَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِمْ عَدْلٌ قُبِلَ مِنْ سَائِرِ بَلَدِهِ[١].

المُتَيْطِيُّ: لَا يُزَكِّي الشَّاهِدَ إِلَّا أَهْلُ مَسْجِدِهِ وَسُوقِهِ وَجِيرَانُهُ، رَوَاهُ أَشْهَبُ، وَقَالَهُ مُطَرِّفٌ وَابْنُ المَاجِشُونِ، وَلَا يُزَكِّي الشَّاهِدَ مَنْ شَهِدَ مَعَهُ، أَوْ نَقَلَ مَعَهُ شَهَادَةً فِي ذَلِكَ الْحَقِّ. اهـ[٢].

وَيُشْتَرَطُ فِي المُزَكِّي أَيْضًا أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفًا.

قَالَ فِي المُدَوَّنَةِ: إِنْ شَهِدَ قَوْمٌ عَلَى حَقٍّ فَعَدَّلَهُمْ قَوْمٌ غَيْرُ مَعْرُوفِينَ وَعَدَّلَ المُعَدِّلِينَ آخَرُونَ، فَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ غُرَبَاءَ جَازَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَقْبَلُ عَدَالَةً عَلَى عَدَالَةٍ. اهـ[٣].

وَكَذَلِكَ إِنْ أَجَازَ الشُّهُودُ نِسَاءً فَزَكَّاهُنَّ مَنْ لَيْسَ مَعْرُوفًا، وَزَكَّى المُزَكِّينَ آخَرُونَ جَازَ ذَلِكَ أَيْضًا، وَفِي ذَلِكَ يُذْكَرُ الْبَيْتُ المَنْسُوبُ لِسَيِّدِي عَبْدِ الْوَاحِدِ الْوَنْشَرِيسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ:

شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ هَبَا إِلَّا شَهَادَةَ النِّسَا وَالْغُرَبَا

وَفِي طُرَرِ شَيْخِنَا الْإِمَامِ أَبِي مُحَمَّدٍ سَيِّدِي عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ عَاشِرٍ[٤] رَحِمَهُ اللَّهُ نِسْبَةُ هَذَا الْبَيْتِ لِسَيِّدِي عَلِيِّ بْنِ هَارُونَ قَالَ: وَأَصْرَحُ مِنْ هَذَا الْبَيْتِ قَوْلِي مُصَلِّحًا لَهُ:

تَعْدِيلٌ احْتَاجَ لِتَعْدِيلٍ هَبَا إِلَّا مُزَكِّي امْرَأَةٍ أَوْ غُرَبَا

وَالَّذِي كُنْت حَفِظْته مِنْ لَفْظِهِ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا عَدَالَةَ نِسَا أَوْ غُرَبَا، وَهُوَ أَنْسَبُ بِصَدْرِ

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٥٨.

(٢) التاج والإكليل ٦/١٥٨.

(٣) المدونة ٤/٤٦٤.

(٤) عبد الواحد بن أحمد بن علي بن عاشر الأنصاري، فقيه، أندلسي الأصل، ولد سنة ٩٩٠ هـ، ونشأ وتوفي بفاس عن ٥٠ عامًا سنة ١٠٤٠ هـ. له تصانيف، منها (المرشد المعين على الضروري من علوم الدين) منظومة في فقه المالكية، وأرجوزة في (عمل الربع المجيب) و(تنبيه الخلان) في علم رسم القرآن، و(فتح المنان) في شرح مورد الظمآن في رسم القرآن. انظر: اليواقيت الثمينة ٢٣٠، وخلاصة الأثر ٣/٩٦، وهدية العارفين ١/٦٣٦، ومعجم المؤلفين ٦/٢٠٥، وإيضاح المكنون ١٠٤.

الْبَيْتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ، أَيْ: إِلَّا تَعْدِيلَ النِّسَاءِ وَالْغُرَبَاءِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ تَعْدِيلُ مَنْ عَدَّهُمْ إِنْ كَانَ الْمُعَدِّلُ غَيْرَ مَعْرُوفٍ، وَالْهَبَاءُ مَا يُرَى فِي الشَّمْسِ تَدْخُلُ الْبَيْتَ مِنْ كُوَّةٍ مِثْلَ الْغُبَارِ، وَلَيْسَ لَهُ حِسٌّ، وَلَا يُرَى فِي الظِّلِّ، قَالَهُ فِي الْغَرِيبِ لِلْعَزِيزِيِّ، وَهُوَ فِي الْبَيْتِ الْمَذْكُورِ كِنَايَةٌ عَنْ عَدَمِ اعْتِبَارِ هَذِهِ الشَّاهِدَةِ، وَإِنَّ وُجُودَهَا كَالْعَدَمِ.

وَثَابِتُ الْجُرْحِ مُقَدَّمٌ عَلَى ثَابِتِ تَعْدِيلٍ إِذَا مَا اعْتَدَلَا

يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا جَرَّحَهُ قَوْمٌ وَعَدَّلَهُ آخَرُونَ وَاسْتَوَى الْفَرِيقَانِ فِي الْعَدَالَةِ، بِحَيْثُ لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا أَعْدَلَ مِنَ الْآخَرِ، فَإِنَّ مُثْبِتَ الْجَرْحِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَنْ أَثْبَتَ الْعَدَالَةَ؛ لِأَنَّ الْمُجَرِّحِينَ عَلِمُوا مِنْ بَاطِنِ حَالِ الشَّاهِدِ الْمُجَرَّحِ مَا لَمْ يَعْلَمْهُ الْمُعَدِّلُونَ الَّذِينَ شَهِدُوا بِظَاهِرِ أَمْرِهِ.

وَقَوْلُهُ: «إِذَا مَا اعْتَدَلَا». لَفْظَةُ «مَا» زَائِدَةٌ؛ أَيْ: إِنَّمَا يُقَدَّمُ التَّجْرِيحُ عَلَى التَّعْدِيلِ عِنْدَ تَسَاوِي الْبَيِّنَتَيْنِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ أَعْدَلَ مِنَ الْأُخْرَى فَهِيَ مُقَدَّمَةٌ، هَذَا ظَاهِرُهُ وَظَاهِرُ مَا نَقَلَ الْمَوَّاقُ عَنِ ابْنِ عَرَفَةَ أَنَّهَا قَوْلَانِ، قِيلَ: يُقَدَّمُ الْأَعْدَلُ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ، وَقِيلَ: تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ التَّجْرِيحِ، وَلَفْظُ ابْنِ عَرَفَةَ: إِنِ اجْتَمَعَ تَعْدِيلٌ وَتَجْرِيحٌ فَطُرُقٌ.

رَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الشَّاهِدِ يُعَدِّلُهُ رَجُلَانِ وَيَأْتِي الْمَطْلُوبُ بِرَجُلَيْنِ يُجَرِّحَانِهِ، فَقَالَ مَالِكٌ: يُنْظَرُ إِلَى الْأَعْدَلِ مِنَ الشُّهُودِ فَيُؤْخَذُ بِهِ. وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ: الْمُجَرِّحَانِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُمَا زَادَا وَيَسْقُطُ التَّعْدِيلُ، وَقَالَهُ ابْنُ أَبِي حَازِمٍ وَسَحْنُونٌ، وَقَالَ: لَوْ عَدَّلَهُ أَرْبَعَةٌ وَجَرَّحَهُ اثْنَانِ وَالْأَرْبَعَةُ أَعْدَلُ، أُخِذَتْ بِشَهَادَةِ الْمُجَرِّحَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا عَلِمَا مَا لَمْ يَعْلَمْهُ الْآخَرُونَ. اهـ[(١)].

وَإِلَى تَقْدِيمِ الْمُجَرِّحِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: بِخِلَافِ الْجَرْحِ وَهُوَ الْمُقَدَّمُ[(٢)].

وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَنِ ابْنِ رُشْدٍ أَنَّ مَحَلَّ الْخِلَافِ إِذَا قَالَ الْمُعَدِّلُونَ: هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ، وَقَالَ الْمُجَرِّحُونَ: هُوَ مَسْخُوطٌ غَيْرُ جَائِزِ الشَّهَادَةِ، وَأَمَّا إِذَا بَيَّنَ الْمُجَرِّحُونَ الْجُرْحَةَ فَلَا خِلَافَ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ أَعْمَلُ مِنْ شَهَادَةِ الْمُعَدِّلِينَ، وَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ عَدَالَةً مِنْهُمْ[(٣)]. ثُمَّ قَالَ: وَالْقَوْلُ بِأَنَّ شَهَادَةَ الْمُجَرِّحِينَ أَعْمَلُ هُوَ أَظْهَرُ الْأَقْوَالِ وَأَوْلَاهَا

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ١٥٩.

(٢) مختصر خليل ص ٢٢٢.

(٣) البيان والتحصيل ٩/ ٤٥٢.

بِالصَّوَابِ[1]. وَعَلَيْهِ ذَهَبَ النَّاظِمُ.

وَطَالِبُ التَّجْدِيدِ لِلتَّعْدِيلِ مَعْ ... مُضِيِّ مُدَّةٍ فَالْأَوْلَى يُتَّبَعْ

يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا شَهِدَ وَزُكِّيَ ثُمَّ بَعْدَ مُدَّةٍ شَهِدَ شَهَادَةً أُخْرَى، فَهَلْ يُحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ تَزْكِيَةٍ أُخْرَى أَوْ يُكْتَفَى بِالتَّزْكِيَةِ الْأُولَى؟ قَوْلَانِ وَالْأَوْلَى مِنْهُمَا اتِّبَاعُ مَنْ طَلَبَ التَّجْدِيدَ وَإِجَابَتُهُ إِلَى مَا طَلَبَهُ.

ابْنُ رُشْدٍ: المَجْهُولُ الْحَالِ إِذَا عُدِّلَ مَرَّةً فِي أَمْرٍ ثُمَّ شَهِدَ ثَانِيَةً، فَقَالَ سَحْنُونٌ: يُطْلَبُ تَعْدِيلُهُ كُلَّمَا شَهِدَ حَتَّى يَكْثُرَ تَعْدِيلُهُ وَيَشْهَدَ مُطْلَقًا[2].

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُكْتَفَى بِالتَّعْدِيلِ الْأَوَّلِ حَتَّى يَطُولَ سَنَةً، فَلَوْ طُلِبَ تَعْدِيلُهُ بِالْقُرْبِ عَلَى قَوْلِ سَحْنُونٍ، أَوْ بِالْبُعْدِ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، فَعُجِزَ عَنْ ذَلِكَ لِفَقْدِ مَنْ عَدَّلَهُ أَوَّلًا؛ وَجَبَ قَبُولُ شَهَادَتِهِ؛ لِأَنَّ طَلَبَ تَعْدِيلِهِ ثَانِيَةً إِنَّمَا هُوَ اسْتِحْسَانٌ[3].

ابْنُ عَرَفَةَ: الْعَمَلُ قَدِيمًا وَحَدِيثًا عَلَى قَوْلِ سَحْنُونٍ، نَقَلَهُ المَوَّاقِ عَلَى قَوْلِهِ: وَإِنْ شَهِدَ ثَانِيًا فَفِي الاِكْتِفَاءِ بِالتَّزْكِيَةِ الْأُولَى تَرَدُّدٌ[4].

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ: مِنْ سَمَاعِ عِيسَى عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَرِيبًا مِنْ شَهَادَتِهِ الْأُولَى وَتَعْدِيلِهِ فِيهَا بِالْأَشْهُرِ وَمَا أَشْبَهَهَا، وَلَمْ يَطُلْ ذَلِكَ جِدًّا؛ فَلاَ أَرَى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَدْ طَالَ رَأَيْت أَنْ يُعْذَرَ فِيهِ، وَأَنْ يُسْأَلَ عَنْهُ طَلَبَ ذَلِكَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَطْلُبْهُ، وَالسَّنَةُ عِنْدِي فِي مِثْلِ هَذَا كَثِيرٌ طَوِيلٌ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ تَغْيِيرَ الْحَالَاتِ وَتَحْدُثُ الْأَحْدَاثُ[5].

قَالَ أَصْبَغُ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ المَعْرُوفُ بِالْخَيْرِ المَشْهُورُ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ مِثْلُهُ إِلَى ابْتِدَاءِ السُّؤَالِ، فَلاَ يُسْأَلُ عَنْهُ ثَانِيَةً. اهـ[6].

وَالْقُرْبُ فِي ذَلِكَ الْأَشْهُرُ وَمَا دُونَ الْعَامِ، وَقَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ مَوْضُوعَ بَيْتِ النَّاظِمِ هُوَ فِي الشَّاهِدِ المَجْهُولِ الْحَالِ، أَمَّا المَعْرُوفُ بِالْعَدَالَةِ فَلاَ يُبْحَثُ عَنْ تَعْدِيلِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَحْصِيلِ

---

(١) البيان والتحصيل ٩/٤٥٣.
(٢) التاج والإكليل ٦/١٥٩.
(٣) التاج والإكليل ٦/١٥٩.
(٤) التاج والإكليل ٦/١٥٩.
(٥) البيان والتحصيل ١٠/٥١.
(٦) البيان والتحصيل ١٠/٥١.

الْحَاصِلِ.

وَلِأَخِيهِ يَشْهَدُ الْمُبَرِّزُ إِلَّا بِمَا التُّهْمَةُ فِيهِ تَبْرُزُ

يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِأَخِيهِ إِذَا كَانَ مُبَرِّزًا؛ أَيْ: سَابِقًا فِي الْعَدَالَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا غَيْرُ الْمُبَرِّزِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ لِأَخِيهِ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْمُبَرِّزِ لِأَخِيهِ إِذَا لَمْ تَلْحَقْهُ فِي ذَلِكَ تُهْمَةٌ، فَإِنْ لَحِقَتْهُ تُهْمَةٌ مِثْلُ أَنْ يَنْفِيَ عَنْ أَخِيهِ وَصْمَةً، أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ بِشَهَادَةٍ مِحْنَةً، فَإِنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ كَالشَّاهِدِ لِنَفْسِهِ لِمَا يَلْحَقُهُ مِنْ قِبَلِ أَخِيهِ بِذَلِكَ مِنَ الْمَعَرَّةِ، وَمَا يَطْرُقُهُ مِنْ إِمْكَانِ التَّسَاهُلِ بِمَا يَدْفَعُ عَنْهُ، وَحَاصِلُ الْأَمْرِ أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى قُوَّةِ التُّهْمَةِ وَضَعْفِهَا، وَشَهَادَةُ الْأَخِ لِأَخِيهِ هِيَ إِحْدَى النَّظَائِرِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِي شَاهِدِهَا أَنْ يَكُونَ مُبَرِّزًا.

وَقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ: سِتَّةٌ لَا يُقْبَلُ فِيهَا إِلَّا الْعَدْلُ الْمُبَرِّزُ: الشَّهَادَةُ لِلْأَخِ، وَشَهَادَةُ الْمَوْلَى لِمَنْ أَعْتَقَهُ، [وَلِلصَّدِيقِ الْمُلَاطِفِ، وَلِشَرِيكِهِ فِي غَيْرِ التِّجَارَةِ، وَإِذَا زَادَ فِي شَهَادَتِهِ، أَوْ نَقَصَ وَالتَّعْدِيلُ. انْتَهَى][(١)].

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَا لَمْ يَدْفَعْ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ شَرًّا، أَوْ يَجُرَّ إِلَيْهِ بِهَا مَنْفَعَةً، وَالشَّهَادَةُ لِلصَّدِيقِ الْمُلَاطِفِ، وَلِشَرِيكِهِ الْمُفَاوِضِ فِي غَيْرِ مَالِ الْمُفَاوَضَةِ، وَإِذَا زَادَ فِي شَهَادَتِهِ أَوْ نَقَصَ بَعْدَ أَدَائِهَا، وَالشَّهَادَةُ فِي التَّعْدِيلِ.

وَزَادَ ابْنُ رُشْدٍ: وَالْأَجِيرُ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ، وَمَنْ سُئِلَ فِي مَرَضِهِ شَهَادَةً لِتُنْقَلَ عَنْهُ فَقَالَ: لَا أَعْلَمُهَا، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا وَاعْتَذَرَ بِأَنَّهُ خَشِيَ فِي مَرَضِهِ عَدَمَ تَثَبُّتِهِ فِيهَا[(٢)].

وَإِلَى هَذِهِ النَّظَائِرِ أَشَارَ الشَّيْخُ[(٣)] بِقَوْلِهِ: بِخِلَافِ أَخٍ لِأَخٍ إِنْ بَرَّزَ وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ. وَتُؤُوِّلَت أَيْضًا بِخِلَافِهِ كَأَجِيرٍ وَمَوْلًى، وَمُلَاطِفٍ وَمُفَاوِضٍ فِي غَيْرِ مُفَاوَضَةٍ، وَزَائِدٍ وَنَاقِصٍ، وَذَاكِرٍ بَعْدَ شَكٍّ وَتَزْكِيَةٍ[(٤)].

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٥٧، وما بين المعكوفين ساقط من الأصل.

(٢) البيان والتحصيل ٩/٤٢٦.

(٣) أي الشيخ خليل.

(٤) مختصر خليل ص ٢٢٢.

وَالْأَبُ لِابْنِهِ وَعَكْسُهُ مُنِعْ وَفِي ابْنِ زَوْجَةٍ وَعَكْسُ ذَا اتُّبِعْ

وَوَالِدَيْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجَةُ أَبْ وَحَيْثُمَا التُّهْمَةُ حَالُهَا غَلَبْ

كَحَالَةِ الْعَدُوِّ وَالضَّنِينِ وَالْخَصْمِ وَالْوَصِيِّ وَالْمَدِينِ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ الثَّلَاثَةُ عَلَى مَا يُرَدُّ مِنْ الشَّهَادَةِ وَلَا يُقْبَلُ لِثُبُوتِ الْمَانِعِ مِنْ قَبُولِهَا وَهِيَ التُّهْمَةُ؛ لِأَنَّهُ مُعَارِضٌ لِحُصُولِ شَرْطِهَا الَّذِي هُوَ الْعَدَاوَةُ، وَقَدْ عَدَّ بَعْضُهُمْ عَدَمَ الْمَانِعِ شَرْطًا، وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ فَوُجُودُ الْمَانِعِ هُوَ تَخَلُّفُ شَرْطٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَلَا خَفَاءَ فِي ظُهُورِ التُّهْمَةِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي عَدَّدَهَا، وَهِيَ: شَهَادَةُ الْأَبِ لِابْنِهِ، وَشَهَادَةُ الِابْنِ لِأَبِيهِ، وَهِيَ الَّتِي عَبَّرَ عَنْهَا بِقَوْلِهِ: «وَعَكْسُهُ مُنِعَ». وَشَهَادَةُ الرَّجُلِ لِابْنِ زَوْجَتِهِ، وَشَهَادَةُ الرَّجُلِ لِزَوْجِ أُمِّهِ، وَهِيَ الَّتِي عَبَّرَ عَنْهَا بِقَوْلِهِ: «وَعَكْسُ ذَا اتُّبِعَ». وَشَهَادَةُ الرَّجُلِ لِوَالِدَيْ زَوْجَتِهِ، أَوْ زَوْجَةِ أَبِيهِ، وَمَا نَصَّ عَلَيْهِ الشَّيْخُ مِنْ هَذِهِ الْقَضَايَا مُسَاوٍ لِمَا سَكَتَ عَنْهُ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ مَا سَكَتَ عَنْهُ عَلَى مَا نَصَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ قِيَاسٍ لَا فَارِقَ، أَوْ مِنْ الْقِيَاسِ الْجَلِيِّ، فَإِذَا قِيلَ قَدْ نَصَّ عَلَى الْأَبِ لِابْنِهِ بِقَوْلِهِ: وَالْأَبُ لِابْنِهِ وَعَكْسُهُ مُنِعَ، فَمِثْلُ ذَلِكَ الْبِنْتُ لِأَبِيهَا وَهُوَ لَهَا، وَالْأُمُّ لِابْنِهَا ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى.

وَإِذَا قِيلَ: إِنَّهُ قَدْ نَصَّ عَلَى وَلَدِ الزَّوْجَةِ، وَعَلَى زَوْجَةِ الِابْنِ بِقَوْلِهِ: «وَفِي ابْنِ زَوْجَةٍ وَعَكْسُ ذَا اتُّبِعْ». فَمِثْلُهَا: ابْنُ الزَّوْجَةِ، وَابْنُ الزَّوْجِ وَبِنْتُهُ بِالنِّسْبَةِ لِلزَّوْجَةِ، وَزَوْجُ الْبِنْتِ بِالنِّسْبَةِ لِوَالِدِيهَا، وَالزَّوْجُ لِلزَّوْجَةِ، وَالزَّوْجَةُ لِلزَّوْجِ مِنْ بَابِ الْأَوْلَى.

وَكَذَلِكَ إِذَا قِيلَ فَإِنَّهُ نَصَّ عَلَى وَالِدَيْ الزَّوْجَةِ بِالنِّسْبَةِ لِلزَّوْجِ، وَزَوْجَةِ الْأَبِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى وَلَدِهِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى بِقَوْلِهِ: «وَوَالِدَيْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجَةِ أَبْ». فَمِثْلُهُمْ أَيْضًا وَالِدُ الزَّوْجِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الزَّوْجَةِ، وَزَوْجُ الْأُمِّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى وَلَدِهَا ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَعَلَى الْجُمْلَةِ بِحَيْثُ يَغْلِبُ حَالُ التُّهْمَةِ وَيَقْرُبُ حَالَةُ الظِّنَّةِ، كَحَالَةِ الْعَدُوِّ فِي شَهَادَتِهِ عَلَى عَدُوِّهِ، وَالضَّنِينُ وَهُوَ الْمُتَّهَمُ لِمَنْ يَتَّهِمُ عَلَيْهِ، كَالْمَوْضِعِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَسِوَاهَا مِمَّا شُهِّرَ مِنْ ذَلِكَ التَّمْثِيلِ، وَشَهَادَةُ الْخَصْمِ عَلَى خَصْمِهِ، وَالْوَصِيُّ لِمَحْجُورِهِ، وَالْمَدِينُ لِمَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَمِمَّا يَلْحَقُ بِذَلِكَ تَزْكِيَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الْأَصْنَافِ لِمَنْ شهِدَ لِمَنْ يُتَّهَمُ لَهُ، أَوْ شَهِدَ عَلَى مَنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ.

قَالَ الْمُقْرِي فِي كُلِّيَّاتِهِ الْفِقْهِيَّةِ: كُلُّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لِرَجُلٍ لَا تَجُوزُ تَزْكِيَتُهُ لِمَنْ

شَهِدَ لَهُ، وَكُلُّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ عَلَى رَجُلٍ لَا تَجُوزُ تَزْكِيَتُهُ لِمَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ. اهـ.

ثُمَّ اسْتَظْهَرَ الشَّارِحُ عَلَى مَا نَقَلَ النَّاظِمُ وَمَا أَشْبَهَ بِنُقُولٍ يَطُولُ سَرْدُهَا، وَاسْتَطْرَدَ الْكَلَامَ عَلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ وَعَلَى مَوَاضِعِ الشَّهَادَةِ، وَأَطَالَ فِي ذَلِكَ بِنَحْوِ ثَلَاثِ وَرَقَاتٍ وَنِصْفٍ، فَلْيُرَاجِعْهُ مَنْ أَرَادَهُ.

وَسَاغَ أَنْ يَشْهَدَ الِابْنُ فِي مَحَلِّ ... مَعَ أَبِيهِ وَبِهِ جَرَى الْعَمَلْ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ الِابْنُ مَعَ أَبِيهِ عَلَى أَمْرٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا جَرَى بِهِ الْعَمَلُ.

فِي كَلَامِ الشَّيْخِ إِشْعَارٌ بِوُجُودِ الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلًا بِالْمَنْعِ لَمْ يَجْرِ بِهِ عَمَلٌ، وَمَعْنَى الْمَنْعِ أَنَّ شَهَادَتَهُمَا مَعًا كَشَهَادَةِ عَدْلٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّيْخِ خَلِيلٍ، وَشَهَادَةُ ابْنٍ مَعَ أَبٍ وَاحِدَةٌ.

ابْنُ رُشْدٍ: الْخِلَافُ فِي شَهَادَةِ الْأَبِ عِنْدَ ابْنِهِ وَالِابْنِ عِنْدَ أَبِيهِ، وَشَهَادَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى شَهَادَةِ صَاحِبِهِ، وَشَهَادَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى حُكْمِ صَاحِبِهِ، وَشَهَادَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا مَعَ شَهَادَةِ صَاحِبِهِ وَاحِدٌ. قِيلَ: كُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ وَمُطَرِّفٍ. وَقِيلَ: غَيْرُ جَائِزٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَصْبَغَ. وَفَرَّقَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَهُوَ تَنَاقُضٌ. وَأَمَّا تَعْدِيلُ أَحَدِهِمَا الْآخَرَ فَلَمْ يُجِزْهُ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ إِلَّا ابْنُ الْمَاجِشُونِ، وَفِي ذَلِكَ بُعْدٌ[(١)].

ابْنُ عَرَفَةَ: مَا أَدْرَكْت قَاضِيًا حَفِظَهُ اللهُ مِنْ تَقَدُّمِ وَلَدِهِ أَوْ قَرِيبِهِ إِلَّا قَاضِيًا وَاحِدًا جَعَلَنَا اللهُ مِمَّنْ عَلِمَ الْحَقَّ وَعَمِلَ بِهِ[(٢)].

وَلِبَعْضِ شُيُوخِ الشُّورَى بِقُرْطُبَةَ: شَهَادَةُ الْأَخَوَيْنِ فِي حَقٍّ وَاحِدٍ لِرَجُلٍ جَائِزٌ، وَلَيْسَا كَالِابْنِ مَعَ أَبِيهِ. اهـ[(٣)].

فَقَوْلُ ابْنِ رُشْدٍ: وَشَهَادَةُ كُلٍّ مِنْهُمَا مَعَ شَهَادَةِ صَاحِبِهِ. هِيَ مَسْأَلَةُ النَّاظِمِ، وَقَدْ حَكَى فِيهَا مَعَ مَا ذَكَرَ مَعَهَا قَوْلَيْنِ.

وَقَدْ ذَكَرَ الْفَقِيهُ الْمُحَصِّلُ النَّوَازِلِيُّ آخِرُ قُضَاةِ الْعَدْلِ بِالْبَادِيَةِ أَبُو سَالِمٍ سَيِّدِي إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْجِلَالِيُّ[(٤)] فِي تَأْلِيفِهِ الْمُسَمَّى بِـ «الْمَسْأَلَةِ الْأَمْلِيسِيَّةِ فِي الْأَنْكِحَةِ الْأَغْرِيسِيَّةِ»

---

(١) البيان والتحصيل ٩/ ٢٩٦- ٢٩٧.

(٢) التاج والإكليل ٦/ ١٥٥، ومواهب الجليل ٨/ ١٦٩.

(٣) التاج والإكليل ٦/ ١٥٥، ومواهب الجليل ٨/ ١٦٩.

(٤) إبراهيم بن عبد الرحمن بن عيسى الجيلامي أصلاً، الورياجلي دارًا ومنشأً، والفاسي قرارًا، المالكي=

مَا حَاصِلُهُ: أَنَّ شَيْخَهُ وَشَيْخَيْ أَهْلِ ذَلِكَ الْعَصْرِ الْفَقِيهَانِ سَيِّدِي يَحْيَى السَّرَّاجُ وَسَيِّدِي عَبْدُ الْوَاحِدِ الْحُمَيْدِيُّ[(١)] اخْتَلَفَا فِي شَهَادَةِ الْأَبِ مَعَ ابْنِهِ، وَوَقَعَ فِيهَا تَنَازُعٌ عَظِيمٌ، فَأَفْتَى السَّرَّاجُ بِقَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَشَهَادَةُ ابْنٍ مَعَ أَبٍ وَاحِدَةٌ. وَحَكَمَ الْحُمَيْدِيُّ بِقَوْلِ ابْنِ عَاصِمٍ، وَسَاغَ أَنْ يَشْهَدَ الِابْنُ فِي مَحَلِّ الْبَيْتِ، حَتَّى آلَ الْأَمْرُ أَنْ رُفِعَتْ الْمَسْأَلَةُ لِلسُّلْطَانِ إِذْ ذَاكَ مَوْلَايَ أَحْمَدَ، وَوَقَعَ الِاجْتِمَاعُ عَلَيْهَا بَيْنَ يَدَيْهِ بِالدِّيوَانِ مِنْ فَاسِ الْجَدِيدِ، فَخَرَجَ الْحُكْمُ بِمَا حَكَمَ بِهِ الْقَاضِي مِنْ الْعَمَلِ عَلَى قَوْلِ ابْنِ عَاصِمٍ -رَحِمَ اللهُ الْجَمِيعَ بِمَنِّهِ-، قَالَ: وَكَانَ السَّرَّاجُ الْمَذْكُورُ يَقِفُ مَعَ لَفْظِ الْمُخْتَصَرِ وَمَا بِهِ الْفَتْوَى فِيهِ، وَلَا يَتَعَدَّى ذَلِكَ بِوَجْهٍ، وَكَانَ الْقَاضِي الْحُمَيْدِيُّ لَا يَقِفُ مَعَ ذَلِكَ لِعِلْمِهِ بِالصِّنَاعَةِ التَّوْثِيقِيَّةِ وَتَدْرِيبِهِ مَعَهَا بِالْمُبَاشَرَةِ لِلْعَمَلِ. اهـ.

وَزَمَـــنُ الْأَدَاءِ لَا التَّحَمُّـــلِ ... صَـــحَّ اعْتِبَـــارُهُ لِمُقْـــتَضٍ جَـــلِيّ

يَعْنِي أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ مِنْ الشَّاهِدَيْنِ زَمَانُ أَدَائِهَا لَا زَمَانُ تَحَمُّلِهَا، فَإِذَا تَحَمَّلَهَا كَافِرًا أَوْ فَاسِقًا أَوْ عَبْدًا، أَوْ صَبِيًّا وَأَدَّاهَا وَهُوَ مُسْلِمٌ أَوْ عَدْلٌ أَوْ حُرٌّ أَوْ بَالِغٌ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ فِي زَمَانِ الِادِّعَاءِ أَهْلٌ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَهَذَا مَا لَمْ يَشْهَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ زَوَالِ الْمَانِعِ، فَرَدَّ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ، ثُمَّ شَهِدَ بَعْدَ زَوَالِ الْمَانِعِ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُ لَا تُقْبَلُ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِذَا شَهِدَ الصَّبِيُّ بِشَهَادَةٍ أَوْ الْعَبْدُ أَوْ النَّصْرَانِيُّ فَرُدَّتْ، ثُمَّ كَبِرَ الصَّبِيُّ أَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ أَوْ أَسْلَمَ النَّصْرَانِيُّ، ثُمَّ شَهِدُوا بِهَا لَمْ تَجُزْ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ رُدَّتْ قَبْلَ ذَلِكَ جَازَتْ. اهـ[(٢)].

فَقَوْلُهُ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ رُدَّتْ قَبْلَ ذَلِكَ جَازَتْ. هِيَ مَسْأَلَةُ النَّاظِمِ، وَلِذَلِكَ قَالَ الْمُقْرِي فِي كُلِّيَّاتِهِ الْفِقْهِيَّةِ: كُلُّ مَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِمَانِعٍ لَمْ تُقْبَلْ عِنْدَ زَوَالِهِ.

=مذهبًا، له التنبيه الصغير، والمسألة الأمليسية في الأنكحة الإغريسية، توفي سنة ١٠٤٧ هـ. انظر: معجم المؤلفين ١/ ٤٦، وهدية العارفين ١/ ٣١، وإيضاح المكنون ١/ ٣٢٥، ٢/ ٤٧٦، واليواقيت الثمينة ١/ ٨٤.

(١) عبد الواحد بن أحمد الحميدي المالكي الفاسي، أعدل قضاة المغرب في زمانه، ومن أطولهم مدة في القضاء، مولده بفاس سنة ٩٣٠ هـ، ووفاته بفاس ١٠٠٣ هـ، ولي قضاءها سنة ٩٧٠ إلى أن توفي، قرأ الفقه والتفسير وغيرهما، وأخذ عنه كثيرون، وكانت له معرفة بالأدب. انظر: سلوة الأنفاس ٢/ ٦٠، ونشر المثاني ١/ ٢٧.

(٢) المدونة ٤/ ١٩.

ابْنُ عَرَفَةَ: مَوَانِعُ الشَّهَادَةِ التُّهْمَةُ عَلَى زَوَالِ نَقْصٍ عَرَضٍ(١).

فَمِنَ الْمُدَوَّنَةِ: إِنْ شَهِدَ صَبِيٌّ أَوْ عَبْدٌ أَوْ نَصْرَانِيٌّ عِنْدَ قَاضٍ فَرَدَّهَا لِمَوَانِعِهِمْ؛ لَمْ تَجُزْ بَعْدَ زَوَالِهَا أَبَدًا(٢).

أَشْهَبُ: مَنْ قَالَ لِقَاضٍ يَشْهَدُ لِي فُلَانٌ الْعَبْدُ أَوْ النَّصْرَانِيُّ. وَفُلَانٌ الصَّبِيُّ، فَقَالَ: لَا أَقْبَلُ شَهَادَتَهُمْ. ثُمَّ زَالَتْ مَوَانِعُهُمْ؛ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ؛ لأَنَّ قَوْلَهُ ذَلِكَ فُتْيَا لَا رَدٌّ. اهـ(٣).

وَالْأَدَاءُ عُرْفًا: قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: إِعْلَامُ الشَّاهِدِ الْحَاكِمَ بِشَهَادَتِهِ بِمَا يَحْصُلُ لَهُ الْعِلْمُ بِمَا شَهِدَ بِهِ(٤).

وَإِعْلَامُ: مَصْدَرٌ مُضَافٌ لِلْفَاعِلِ، وَالْحَاكِمُ: مَفْعُولٌ، وَلَمْ يَقُلْ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ أَعَمُّ مِنْ ذَلِكَ، وَبِشَهَادَتِهِ: مُتَعَلِّقٌ بِإِعْلَامِ، وَبِمَا يَحْصُلُ يُحْتَمَلُ تَعَلُّقُهُ بِإِعْلَامِ، فَتَكُونُ الْبَاءُ الثَّانِيَةُ سَبَبِيَّةً أَوْ لِلتَّعْدِيَةِ، وَيَكُونُ الْمَجْرُورُ بَدَلًا، وَيُحْتَمَلُ تَعَلُّقُهُ بِشَهَادَةٍ، وَبِمَا شَهِدَ بِهِ مُتَعَلِّقٌ بِالْعِلْمِ وَضَمِيرٌ لَهُ يَعُودُ عَلَى الشَّاهِدِ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ لِأَشْهَبَ: قَوْلُهُ: هَذِهِ شَهَادَتِي. أَدَاءٌ. قَالَ: وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْإِشَارَةَ الْمُفْهِمَةَ فِي ذَلِكَ تَكْفِي، وَشَاهَدْت بَعْضَ الْمُوَثِّقِينَ أَدَّاهَا إِشَارَةً فَلَمْ يَقْبَلْهَا مِنْهُ مَنْ أَدَّاهَا إِلَيْهِ. اهـ.

وَالتَّحَمُّلُ تَحْصِيلُ عِلْمِ مَا يُشْهَدُ بِهِ بِسَبَبٍ اخْتِيَارِيٍّ، وَهُوَ مَأْمُورٌ بِهِ شَرْعًا؛ لِأَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ، وَالتَّعْبِيرُ بِالْعِلْمِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا يَجُوزُ مَعَ غَيْرِهِ مِنْ شَكٍّ أَوْ وَهْمٍ، وَقَدْ يَكُونُ عِلْمًا قَطْعِيًّا، وَقَدْ يَكُونُ فِيهِ غَلَبَةُ الظَّنِّ، فَالْمُرَادُ بِالْعِلْمِ هُنَا الاعْتِقَادُ، وَقَدْ يَحْصُلُ الْعِلْمُ الْقَطْعِيُّ بِقَرَائِنَ، وَقَدْ يَحْصُلُ بِغَلَبَةِ الظَّنِّ كَذَلِكَ.

فَقَوْلُهُ: بِسَبَبٍ اخْتِيَارِيٍّ. أَخْرَجَ بِهِ عِلْمَهُ دُونَ الاخْتِيَارِ، كَمَنْ قَرَعَ سَمْعَهُ صَوْتٌ مُطْلَقٌ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ، فَإِنَّهُ لَا يُسَمَّى تَحَمُّلاً.

وَقَوْلُهُ: مَا يَشْهَدُ بِهِ فَصْلٌ. أَخْرَجَ بِهِ مَا لَا يُشْهَدُ بِهِ، كَالْعِلْمِ بِأُمُورٍ لَيْسَتْ مُتَعَلِّقَةً

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ١٦١.

(٢) التاج والإكليل ٦/ ١٦١.

(٣) التاج والإكليل ٦/ ١٦١.

(٤) حاشية العدوي ٢/ ٤٤٥، والتاج والإكليل ٦/ ١٩٥، ومنح الجليل ٨/ ٤٠٦، ومواهب الجليل ٨/ ٢٣٢.

بِشَهَادَةٍ.

وَقَوْلُ النَّاظِمِ: «لِمُقْتَضٍ جَلِيّ» أَيْ: ظَاهِرٍ، قَالَ بَعْضُ مَنْ شَرَحَهُ: لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَظْهَرُ فَائِدَتُهَا وَيُعْمَلُ بِمُقْتَضَاهَا بِالْأَدَاءِ، فَإِنْ لَمْ تُؤَدَّ كَانَتْ كَالْعَدَمِ، فَلِذَلِكَ أُعْتُبِرَ زَمَنُ الْأَدَاءِ لَا زَمَنُ التَّحَمُّلِ. اهـ.

فصل في مسائل من الشهادات

ذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَسَائِلَ مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ وُقُوعُهُ غَالِبًا.

وَيَشْهَدُ الشَّاهِدُ بِالْإِقْرَارِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ عَلَى الْمُخْتَارِ
بِشَرْطِ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الْكَلَامَا مِنَ الْمُقِرِّ الْبَدْءَ وَالتَّمَامَا

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِإِقْرَارِ مَنْ سَمِعَهُ يُقِرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا يَلْزَمُهُ بِسَبَبِ حُكْمٍ مَالِيٍّ وَبَدَنِيٍّ، وَإِنْ كَانَ الْمُقِرُّ لَمْ يُشْهِدْهُ بِذَلِكَ، وَلَمْ يَقُلْ لَهُ اشْهَدْ عَلَيَّ، وَلَكِنَّ ذَلِكَ بِشَرْطِ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الشَّاهِدُ كَلَامَ الْمُقِرِّ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَوْعِبْهُ قَدْ يَفُوتُهُ مِنْهُ شَيْءٌ لَوْ سَمِعَهُ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ لِمَا تَضَمَّنَ مِنْ نَقْضِ أَوَّلِهِ لِآخِرِهِ أَوْ بِالْعَكْسِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ سَمِعَ رَجُلٌ رَجُلاً يُطَلِّقُ زَوْجَتَهُ يَقْذِفُ رَجُلاً، فَلْيَشْهَدْ لِذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يُشْهِدْهُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُخْبِرَ بِذَلِكَ مَنْ لَهُ الشَّهَادَةُ وَيَشْهَدُ فِي الْحُدُودِ بِمَا سَمِعَ إِنْ كَانَ مَعَهُ غَيْرُهُ(١).

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: خَوْفَ أَنْ يَقُولَ لَهُ الْمَقْذُوفُ كَذَبْت لَمْ يَقْذِفْنِي وَإِنَّمَا عَرَّضْت أَنْتَ بِقَذْفِي فَيَحُدُّهُ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ قَبْلَ ذَلِكَ فِيمَنْ مَرَّ بِرَجُلَيْنِ يَتَكَلَّمَانِ فِي أَمْرٍ فَسَمِعَ مِنْهُمَا شَيْئًا وَلَمْ يُشْهِدَاهُ، ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا تِلْكَ الشَّهَادَةَ قَالَ: لَا يَشْهَدُ لَهُ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِلَّا أَنْ يَسْتَوْعِبَ كَلَامَهُمَا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ إِذْ قَدْ يَكُونُ قَبْلَهُ، أَوْ بَعْدَهُ كَلَامٌ يُبْطِلُهُ(٢).

قَالَ ابْنُ هِشَامٍ فِي مُفِيدِهِ: وَبِهِ الْعَمَلُ.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ فِي عَدِّ مَوَانِعِ الشَّهَادَةِ: السَّادِسُ: الْحِرْصُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي التَّحَمُّلِ كَالْمُخْتَفِي لِيَتَحَمَّلَهَا لَا يَضُرُّ عَلَى الْمَشْهُورِ(٣).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ خَائِفًا أَوْ مَخْدُوعًا(٤).

---

(١) المدونة ٤/ ٣١.

(٢) المدونة ٤/ ٣١.

(٣) التاج والإكليل ٦/ ١٦٥، ومنح الجليل ٨/ ٤١٦.

(٤) منح الجليل ٨/ ٤١٨.

التَّوْضِيحُ: المَشْهُورُ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَقْدَحُ، وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ وَعِيسَى بْنُ دِينَارٍ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَمُقَابِلُ المَشْهُورِ إِمَّا مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَقُولَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ لِلشَّاهِدِ: اشْهَدْ عَلَيَّ. وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ. وَإِمَّا مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِهَا، لَكِنْ يَرَى الاخْتِفَاءَ يَضُرُّ بِهَا.

ابْنُ رُشْدٍ: وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ تَقْيِيدٌ لِلْمَشْهُورِ، بَلْ هُوَ مِنْ تَمَامِهِ، فَفِي المَوَّازِيَّةِ: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلَيْنِ قَعَدَا لِرَجُلٍ وَرَاءَ حِجَابٍ لِيَشْهَدَا عَلَيْهِ، قَالَ: إِنْ كَانَ ضَعِيفًا أَوْ مَخْدُوعًا أَوْ خَائِفًا لَمْ يَلْزَمْهُ، وَيَحْلِفُ مَا أَقَرَّ إِلَّا لِمَا يُذْكَرُ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ لَزِمَهُ، وَلَعَلَّهُ يُقِرُّ خَالِيًا وَيَأْبَى مِنْ الْبَيِّنَةِ، فَهَذَا يَلْزَمُهُ مَا سُمِعَ مِنْهُ، قِيلَ: فَرَجُلٌ لَا يُقِرُّ إِلَّا خَالِيًا هَلْ أَقْعُدُ لَهُ بِمَوْضِعٍ لَا يُعْلَمُ لِلشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، قَالَ: لَوْ أَعْلَمُ أَنَّك تَسْتَوْعِبُ أَمْرَهُمَا، وَلَكِنْ أَخَافُ أَنْ تَسْمَعَ جَوَابَهُ لِسُؤَالِهِ، وَلَعَلَّهُ يَقُولُ لَهُ فِي سِرٍّ مَا الَّذِي لِي عَلَيْك إِنْ جِئْتُك بِكَذَا، فَيَقُولُ: عِنْدِي كَذَا، فَإِنْ قَدَرْت أَنْ تُحِيطَ بِسِرِّهِمْ فَجَائِزٌ. اهـ[1].

أُنْظُرْ الْبَابَ الثَّامِنَ وَالثَّلَاثِينَ مِنْ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونٍ فِي الْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ الاِسْتِغْفَالِ، قَالَ فِي آخِرِهِ: تَنْبِيهٌ: وَحَيْثُ أَجَزْنَا شَهَادَتَهُ فَلَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْحِرْصِ عَلَى التَّحَمُّلِ، قَالَهُ ابْنُ رُشْدٍ، وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ النَّبِيهِ أَنْ يَرْفَعَ نَفْسَهُ عَنْ أَنْ يَخْتَفِيَ لِيَشْهَدَ، وَهَذَا فِيمَا لَمْ يُنْدَبْ إِلَيْهِ وَلَا فُرِضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ فَقَدْ فَعَلَ مَا لَا يَلِيقُ بِالْفُضَلَاءِ وَلَا يَخْتَارُهُ الْعُقَلَاءُ. اهـ[2]. وَانْظُرْ قَوْلَهُ.

وَحَيْثُ أَجَزْنَا شَهَادَتَهُ فَلَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الْحِرْصِ عَلَى التَّحَمُّلِ مَعَ كَلَامِ ابْنِ الْحَاجِبِ المُتَقَدِّمِ، فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي أَنَّهَا مِنْ الْحِرْصِ عَلَى التَّحَمُّلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَا بِهِ قَدْ وَقَعَتْ شَهَادَهْ وَطُلِبَ الْعَوْدُ فَلَا إِعَادَةَ

يَعْنِي إِذَا شَهِدَ الشَّاهِدُ بِحَقٍّ فَتَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ وَكَتَبَهَا، ثُمَّ جَاءَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ وَطَلَبَ مِنْهُ إِعَادَةَ الشَّهَادَةِ، إِمَّا بِأَنْ يَكْتُبَ لَهُ رَسْمًا آخَرَ بِذَلِكَ لِزَعْمِهِ ضَيَاعَ الرَّسْمِ الْأَوَّلِ، أَوْ طَلَبَ مِنْهُ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ عِنْدَ الْقَاضِي مِنْ غَيْرِ كَتْبٍ، فَإِنَّهُ لَا يُجِيبُهُ إِلَى ذَلِكَ لِمَا يُخْشَى فِي ذَلِكَ مِنْ تَكْرَارِ الْحَقِّ عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ إِذَا كَتَبَ لَهُ رَسْمًا ثَانِيًا، وَكَذَا

---

(١) التوضيح ٧/٥٠٧ – ٥٠٨.

(٢) تبصرة الحكام ٣/٢٨٧.

إنْ أَدَّى فَحُكِمَ عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ، ثُمَّ ظَهَرَ الرَّسْمُ الَّذِي كُتِبَ لَهُ أَوَّلًا.

قَوْلُهُ: «وَطَلَبَ الْعَوْدَ». يَشْمَلُ الْعَوْدَ لِلْكِتَابَةِ وَالْأَدَاءَ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَلَكِنْ لَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ الشَّهَادَةُ الَّتِي يُمْنَعُ مِنْ إعَادَتِهَا مِمَّا يَتَضَمَّنُ حَقًّا يَتَكَرَّرُ بِإِعَادَتِهَا، فَفِي كِتَابِ الاسْتِغْنَاءِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ ابْنِ المَاجِشُونِ: فِيمَنْ أَشْهَدَ فِي كِتَابٍ ذِكْرَ حَقٍّ، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهُ ضَاعَ وَسَأَلَ الشُّهُودَ أَنْ يَشْهَدُوا بِمَا حَفِظُوا فَلاَ يَشْهَدُوا، وَإِنْ كَانُوا حَافِظِينَ لِمَا فِيهِ؛ خَوْفًا أَنْ يَكُونَ قَدْ انْقَضَى وَمُحِيَ الْكِتَابُ، فَإِنْ جَهِلُوا وَشَهِدُوا بِذَلِكَ قَضَى بِهِ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ: يَشْهَدُونَ بِمَا حَفِظُوا إنْ كَانَ الطَّالِبُ مَأْمُونًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْمُونًا فَقَوْلُ ابْنِ المَاجِشُونِ أَحَبُّ إلَيَّ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ الشَّيْخُ لِحُكْمِ مَا إذَا جَهِلَ الشُّهُودُ، وَأَعَادُوا الشَّهَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ اسْتِيفَاءَ النَّقْلِ، وَلَا قَوْلَ مُطَرِّفٍ لِنُدُورِ المَأْمُونِ، بَلْ اقْتَصَرَ عَلَى مَا يَلْزَمُ المُوَثِّقَ مِنْ التَّحَفُّظِ. اهـ. كَلَامُ الشَّيْخِ.

وَفِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ مِنْ الْبَابِ الْخَامِسَ عَشَرَ مِنْ الْفَائِقِ لِسَيِّدِي أَحْمَدَ الْوَنْشَرِيسِيِّ: أَنَّهُ إذَا أَدَّى الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ عِنْدَ الْقَاضِي، فَلاَ يَلْزَمُهُ أَدَاءٌ ثَانٍ، لَا عِنْدَ ذَلِكَ الْقَاضِي وَلَا عِنْدَ غَيْرِهِ إذَا أَدَّى عَلَى نَصِّ الرَّسْمِ، وَلَا إجْمَالَ فِي شَيْءٍ مِنْ فُصُولِهِ، وَفِي أَثْنَاءِ جَوَابٍ لِسَيِّدِي عَبْدِ اللهِ الْعَبْدُوسِيِّ[1] مَا نَصُّهُ: وَلَا يَلْزَمُ الشَّاهِدَ أَنْ يُؤَدِّيَ شَهَادَتَهُ مَرَّتَيْنِ، إذْ ذَلِكَ إضْرَارٌ بِهِ، وَاللهُ تَعَالَى يَقُولُ: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. نَقَلَهُ فِي السِّفْرِ الْخَامِسِ فِي نَوَازِلِ الشَّهَادَةِ.

وَإِلَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ بِوَجْهَيْهَا؛ أَعْنِي طَلَبَ الْكَتْبِ وَالْأَدَاءِ وَقَوْلَيْهَا مِنْ المَشْهُورِ وَقَوْلِ مُطَرِّفٍ، أَشَارَ الْإِمَامُ سَيِّدِي عَلِيٌّ الزَّقَّاقُ بِقَوْلِهِ فِي قَصِيدَتِهِ اللاَّمِيَّةِ الَّتِي فِي المَسَائِلِ المُتَكَرِّرَةِ الْوُقُوعِ مِنْ أَحْكَامِ الْقَضَاءِ حَيْثُ قَالَ:

وَمَنْ يَبْتَغِي تَكْرِيرَ كَتْبِكَ رَسْمَهُ ... لِزَعْمِ ضَيَاعٍ أَوْ أَدَاءً فَأَهْمِلاَ

وَإِلَّا وَقَدْ وَدَّيْتَهُ تُمْضِ مُطْرِفٌ ... إذَا كَانَ مَأْمُونًا فَكَرِّرْ وَإِلَّا فَلاَ

(تَنْبِيهٌ) تَقَدَّمَ أَنَّ هَذَا فِيمَا يُخْشَى فِيهِ تَكْرَارًا لِحَقٍّ عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ كَالدَّيْنِ

---

(١) عبد الله بن محمد بن موسى أبو محمد العبدوسي، فقيه مالكي، من أهل فاس، كان مفتيها ومحدثها، له رسائل وفتاوى، منها (أجوبة فقيهة)، توفي ٨٤٩ هـ. انظر: نيل الابتهاج ص ١٥٧.

وَالْوَصِيَّةِ، وَالْكِتَابَةِ وَفِي ذَلِكَ مَا وَجَدْتُ بِخَطِّ بَعْضِ شُيُوخِنَا رَحِمَهُ اللهُ:

دَيْنٌ وَصِيَّةٌ كِتَابَةٌ دَمَا ... لَا نَسْخَ فِي رُسُومِهَا قَدْ عُلِمَا

وَصُورَةُ الدِّمَاءِ كَمَا إِذَا شَهِدَ فِي وَثِيقَةٍ أَنَّ فُلَانًا جَرَحَ فُلَانًا جَائِفَةً، فَإِذَا نُسِخَ الرَّسْمُ تُوُهِّمَ أَنَّهُ جَرَحَهُ جَائِفَتَيْنِ وَنَحْوَ ذَلِكَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَشَاهِدٌ بُرِّزَ خَطَّهُ عَرَفْ ... نَسِيَ مَا ضَمَّنَهُ فِيمَا سَلَفْ

لَا بُدَّ مِنْ أَدَائِهِ بِذَلِكْ ... إِلَّا مَعَ اسْتِرَابَةٍ هُنَالِكْ

وَهَذَا شُرُوعٌ مِنَ النَّاظِمِ رَحِمَهُ اللهُ فِي الْكَلَامِ عَلَى الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ، وَقَدْ ذَكَرَهَا ابْنُ فَرْحُونٍ فِي تَبْصِرَتِهِ فِي الْبَابِ الرَّابِعِ وَالثَّلَاثِينَ مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنَ التَّبْصِرَةِ، وَهُوَ كَمَا قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ:

أَحَدُهَا: الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ نَسِيَهُ الْمُتَضَمِّنُ لِلشَّهَادَةِ عَلَى غَيْرِهِ. وَهُوَ الَّذِي بَدَأَ بِهِ النَّاظِمُ هُنَا.

الثَّانِي: الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ الْمَيِّتِ أَوْ الْغَائِبِ. وَهُوَ الْآتِي لِلنَّاظِمِ بَعْدَ هَذَا.

الثَّالِثُ: الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الْمُقِرِّ الْمُنْكِرِ أَنَّ ذَلِكَ الْخَطَّ خَطُّهُ. وَهُوَ الْآتِي فِي قَوْلِ النَّاظِمِ: «وَكَاتِبٌ بِخَطِّهِ مَا شَاءَهُ...» الْبَيْتَيْنِ.

فَقَوْلُهُ: «وَشَاهِدُ...» الْبَيْتَيْنِ. يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا عَرَفَ خَطَّهُ فِي وَثِيقَةٍ وَنَسِيَ مَا تَضَمَّنَتْهُ الْوَثِيقَةُ وَاشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَعْتَمِدُ عَلَى ذَلِكَ، وَيُؤَدِّي شَهَادَتَهُ عِنْدَ الْقَاضِي إِلَّا إِذَا وُجِدَ فِي الصَّكِّ رِيبَةٌ مِنْ مَحْوٍ أَوْ بَشْرٍ، وَلَمْ يَعْتَذِرْ عَنْهُ فَلَا يُؤَدِّيهَا حِينَئِذٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَهُوَ يَحْمِلُ قَوْلَهُ: «خَطَّهُ عَرَفَ» عَلَى مَعْرِفَةِ الشَّاهِدِ خَطَّهُ فِي الشَّهَادَةِ وَحْدَهَا، أَوْ فِي الشَّهَادَةِ وَالْوَثِيقَةِ مَعًا، هَذَا مِمَّا يُحْتَمَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ قَصْدَهُ فِيهِمَا مَعًا لِقَوْلِهِ: «نَسِيَ مَا ضَمَّنَهُ». يَعْنِي مِمَّا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ الْوَثِيقَةُ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْوَثِيقَةَ كُلَّهَا بِخَطِّ الشَّاهِدِ. وَقَوْلُهُ: «لَا بُدَّ مِنْ أَدَائِهِ بِذَلِكَ». وَهَلْ عَلَى أَنَّ الْقَاضِيَ يَحْكُمُ بِهَا، أَوْ يُؤَدِّيهَا الشَّاهِدُ وَلَا يَنْتَفِعُ بِهَا صَاحِبُهَا هُوَ مُحْتَمَلٌ أَيْضًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَصَدَ أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهَا[1].

---

(١) قال الرجراجي في مناهجه ما نصه: فأما الرجل إذا عرف خطه في الكتاب ونسي الشهادة ولم يذكرها ولا عقل عليها فهل يشهد أم لا؟ فالمذهب على أربعة أقوال: أحدهما أنه لا يشهد ولا يرفعها جملة وهو قول ابن القاسم وابن نافع وأصبغ وغيرهم من أصحاب مالك في العتبية والموازية والواضحة. والثاني: إذا لم=

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: إِذَا عَرَفَ الشَّاهِدُ خَطَّهُ فِي كِتَابٍ، فَلاَ يَشْهَدُ حَتَّى يَذْكُرَ الشَّهَادَةَ وَيُوقِنَ بِهَا، وَلَكِنْ يُؤَدِّي ذَلِكَ كَمَا عَلِمَ، ثُمَّ لَا يَنْفَعُ الطَّالِبَ[١].

سَحْنُونٌ: اخْتَلَفَ فِي هَذَا أَصْحَابُنَا، وَقَوْلِي: إِذَا لَمْ يَرَ فِي الْكِتَابِ مَحْوًا وَلَا لَحَقًا وَلَا مَا يَسْتَنْكِرُهُ فَلْيَشْهَدْ بِمَا فِيهِ، وَهَذَا أَمْرٌ لَا يَجِدُ النَّاسُ مِنْهُ بُدًّا، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ مِنَ الْكِتَابِ شَيْئًا[٢].

ابْنُ يُونُسَ: إِنَّمَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَرْفَعُ شَهَادَتَهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرَى الْحَاكِمُ إِجَازَتَهَا عَلَى قَوْلِ مَنْ يُجِيزُ ذَلِكَ. اهـ[٣].

وَفِي التَّوْضِيحِ: عَنْ الْبَيَانِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: أَنَّهَا شَهَادَةٌ جَائِزَةٌ يُؤَدِّيهَا وَيُحْكَمُ بِهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهَا غَيْرُ جَائِزَةٍ لَا يُؤَدِّيهَا، وَلَا يَحْكُمُ بِهَا.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهَا غَيْرُ جَائِزَةٍ إِلَّا أَنَّهُ يُؤَدِّيهَا وَلَا يُحْكَمُ بِهَا.

وَالرَّابِعُ: أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ فِي كَاغِدٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَإِنْ كَانَتْ فِي رِقٍّ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، قَالَ: يُرِيدُ -وَاللهُ أَعْلَمُ- إِذَا كَانَتْ الشَّهَادَةُ فِي مُطْلَقِ الرِّقِّ وَلَمْ تَكُنْ عَلَى ظَهْرِهِ؛ لِأَنَّ الْبَشْرَ فِي ظَهْرِهِ أَخْفَى مِنْهُ فِي الْكَاغِدِ.

وَالْخَامِسُ: إِنْ كَانَ ذَكَرَ الْحَقِّ، وَالشَّهَادَةَ بِخَطِّهِ جَازَ أَنْ يَشْهَدَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِخَطِّهِ إِلَّا الشَّهَادَةُ لَمْ يَشْهَدْ[٤].

ثُمَّ قَالَ: وَصَوَّبَ جَمَاعَةٌ أَنَّهُ يَشْهَدُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَحْوٌ وَلَا رِيبَةٌ، فَإِنَّهُ لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ ذَلِكَ لِكَثْرَةِ نِسْيَانِ الشَّاهِدِ الْمُنْتَصِبِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَشْهَدْ حَتَّى يَذْكُرَهَا لَمَا كَانَ لِوَضْعِ رَسْمِ

=يسترب في الكتاب محوًا ولا حكًا ولا بشرًا فإنه يرفعها ويشهد وينتفع بها المشهود له وهو قول سحنون في العتبية. والثالث: أنه يرفعها للحاكم ويؤديها كما علم ثم لا ينتفع بها المشهود له، وهو قول مالك في المدونة. والرابع: التفصيل بين أن يكون الكتاب بخط يده أو بخط يد غيره، فإن كان جميع الكتاب بخط يده وأثبت خطه ولم يستنكر في الكتاب محوًا ولا بشرًا ولا لحاقًا فشهادته جائزة وإن لم يرفع الشهادة، وإن كان الكتاب بخط غيره فلا يشهد وهو قول ابن نافع في المجموعة. انظر: حاشية المعداني على الإتقان ١/٩٨- ٩٩.

(١) المدونة ٤/١٣.

(٢) البيان والتحصيل ١٠/١٦٧، والتاج والإكليل ٦/١٩٠.

(٣) التاج والإكليل ٦/١٩٠.

(٤) التوضيح ٧/٥٣٧.

خَطِّهِ فَائِدَةٌ[١].

(تَنْبِيهٌ) مَعْنَى اشْتِرَاطِ انْتِفَاءِ المَحْوِ وَالرِّيبَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُعْتَذَرًا عَنْهُ فِي الْوَثِيقَةِ، وَإِنْ كَانَ مُعْتَذَرًا عَنْهُ فَهُوَ مِنْ زِينَةِ الْوَثِيقَةِ عَلَى مَا قَالَهُ بَعْضُ كِبَارِ الشُّيُوخِ. اهـ. مِنْ التَّوْضِيحِ[٢].

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: لَا عَلِمَ خَطَّ نَفْسِهِ حَتَّى يَذْكُرَهَا وَأَدَّى بِلاَ نَفْعٍ[٣].

وَلَمْ أَقِفْ الْآنَ عَلَى مَنْ اشْتَرَطَ فِي هَذَا الشَّاهِدِ التَّبْرِيزَ، كَمَا اشْتَرَطَهُ النَّاظِمُ.

وَالْحُكْمُ فِي الْقَاضِي كَمِثْلِ الشَّاهِدِ ... وَقِيلَ بِالْفَرْقِ لِمَعْنًى زَائِدِ

يَعْنِي: أَنَّ الْقَاضِيَ إِذَا وَجَدَ حُكْمًا فِي دِيوَانِهِ بِخَطِّهِ وَهُوَ لَا يَذْكُرُ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ، فَقِيلَ: إِنَّهُ كَالشَّاهِدِ فَيُنَفِّذُ ذَلِكَ وَيُمْضِيهِ؛ لِأَنَّ كُلاًّ مِنْهُمَا يُعْذَرُ بِالنِّسْيَانِ، إِلَّا إِنْ وُجِدَ فِي الْكِتَابِ رِيبَةٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَقِيلَ: لَا يَحْكُمُ بِهِ وَلَا يَعْمَلُ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ هُوَ كَالشَّاهِدِ؛ لِأَنَّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ فَرْقًا، وَهُوَ عُذْرُ الشَّاهِدِ بِأَنَّ ذَلِكَ مَقْدُورُهُ، بِخِلَافِ الْقَاضِي فَإِنَّهُ قَادِرٌ عَلَى أَنْ يُشْهِدَ عَلَى حُكْمِهِ عَدْلَيْنِ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ لِمَعْنًى زَائِدِ.

قَالَ ابْنُ الْمُنَاصِفِ: اتَّفَقَ أَهْلُ عَصْرِنَا فِي الْبِلَادِ الَّتِي يَنْتَهِي إِلَيْهَا أَمْرُنَا عَلَى قَبُولِ كِتَابِ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ وَالْحُقُوقِ بِمُجَرَّدِ مَعْرِفَةِ خَطِّ الْقَاضِي، دُونَ الشَّاهِدِ عَلَى ذَلِكَ وَلَا خَاتَمَ مَعْرُوفٌ، مَعَ أَنِّي لَا أَعْلَمُ خِلَافًا فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي لَا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ مَعْرِفَةِ خَطِّهِ، بَلْ قَوْلُهُمْ فِي الْقَاضِي يَجِدُ حُكْمًا بِدِيوَانِهِ بِخَطِّهِ، وَهُوَ لَا يَذْكُرُ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ إِنْفَاذُهُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَهُ بِذَلِكَ شَاهِدَانِ، وَلَا إِنْ وَجَدَ الْقَاضِي الْمُوَلَّى بَعْدَهُ وَثَبَتَ أَنَّهُ خَطُّ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ لَا يَعْمَلُ بِهِ، وَلَا يَتَخَرَّجُ الْقَوْلُ بِعَمَلِهِ بِتَيَقُّنِهِ بِخَطِّهِ دُونَ ذِكْرِ حُكْمِهِ بِهِ مِنْ الْخِلَافِ فِي الشَّاهِدِ بِتَيَقُّنِ خَطِّهِ بِالشَّهَادَةِ بِالْحَقِّ، وَلَا يَذْكُرُ مَوْطِنَهَا لِعُذْرِ الشَّاهِدِ بِالْجُمْلَةِ؛ إِذْ هُوَ مَقْدُورٌ كَسْبُهُ، وَالْقَاضِي كَانَ قَادِرًا عَلَى الشَّهَادَةِ عَلَى حُكْمِهِ[٤].

وَاعْتَمَدَ النَّاظِمُ فِي حِكَايَةِ الْخِلَافِ فِي مَسْأَلَةِ الْقَاضِي عَلَى مَا حَكَاهُ ابْنُ الْمُنَاصِفِ مِنْ

---

(١) التوضيح ٧/ ٥٣٧.

(٢) التوضيح ٧/ ٥٣٧.

(٣) المختصر ص ٢٢٤.

(٤) منح الجليل ٨/ ٣٦٧.

أَهْلِ عَصْرِهِ، وَمَا ذَكَرَهُ بَعْدَهُ مِنَ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الشَّاهِدِ وَالْقَاضِي.

وَخَطُّ عَدْلٍ مَاتَ أَوْ غَابَ اُكْتُفِي ... فِيهِ بِعَدْلَيْنِ وَفِي الْمَالِ اُقْتُفِي

وَالْحَبْسُ إِنْ يَقْدُمَ وَقِيلَ يُعْتَمَلْ ... فِي كُلِّ شَيْءٍ وَبِهِ الْآنَ الْعَمَلْ

كَذَاكَ فِي الْغَيْبَةِ مُطْلَقًا وَفِي ... مَسَافَةِ الْقَصْرِ أُجِيزَ فَاعْرِفِ

هَذَا هُوَ الْمَوْضِعُ الثَّانِي مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ، وَهُوَ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ الْغَائِبِ أَوْ الْمَيِّتِ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ لِغَيْبَتِهِ أَوْ مَوْتِهِ صَحِيحَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهَا ضَرُورَةٌ(١).

وَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ: أَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ الْمَيِّتِ أَوْ الْغَائِبِ، فَلَمْ يَخْتَلِفْ فِي الْأُمَّهَاتِ الْمَشْهُورَةِ قَوْلُ مَالِكٍ فِي إِجَازَتِهَا وَإِعْمَالِهَا(٢).

ابْنُ عَرَفَةَ: فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ الْمَشْهُورَ إِعْمَالُهَا خِلَافَ قَوْلِ الْبَاجِيِّ لَا تَجُوزُ عَلَى الْمَشْهُورِ(٣).

الْبَاجِيُّ: مَشْهُورُ قَوْلِ مَالِكٍ لَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ رَوَاهُ مُحَمَّدٌ؛ لِأَنَّ غَايَةَ خَطِّهِ أَنَّهُ كَلَفْظِهِ وَهُوَ لَوْ سَمِعَهُ يَقُصُّ شَهَادَتَهُ لَمْ يَنْقُلْهَا عَنْهُ وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ إِجَازَتَهَا. اهـ(٤).

وَقَوْلُهُ: «اكْتَفَى فِيهِ بِعَدْلَيْنِ». أَيْ: يَكْتَفِي فِي ثُبُوتِ خَطِّ الْعَدْلِ الْمَيِّتِ أَوْ الْغَائِبِ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، أَنَّ الْخَطَّ خَطُّ فُلَانٍ الْمَيِّتِ أَوْ الْغَائِبِ، وَظَاهِرُهُ الِاكْتِفَاءُ بِالْعَدْلَيْنِ، كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَى خَطِّهِ وَاحِدًا أَوْ مُتَعَدِّدًا؛ لِأَنَّ لَفْظَ عَدْلٍ مِنْ قَوْلِهِ: «وَخَطُّ عَدْلٍ» يَصْدُقُ بِالْوَاحِدِ وَبِأَكْثَرَ، فَإِذَا كَانَ الصَّكُّ بِعَدْلَيْنِ مَيِّتَيْنِ أَوْ غَائِبَيْنِ أَوْ أَحَدُهُمَا مَيِّتٌ وَالْآخَرُ غَائِبٌ، فَإِنَّهُ يَكْتَفِي فِي إِثْبَاتِ خَطِّهِمَا مَعًا بِعَدْلَيْنِ، وَفِي التَّعْبِيرِ بِالِاكْتِفَاءِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْأَوْلَى أَنْ يَشْهَدَ عَلَى خَطِّ كُلِّ وَاحِدٍ اثْنَانِ، فَيَحْتَاجُ فِي الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ إِلَى أَرْبَعَةِ عُدُولٍ،

(١) التاج والإكليل ٦/١٨٨، ومنح الجليل ٨/٤٦٩.
(٢) البيان والتحصيل ٩/٤٣٩، والتاج والإكليل ٦/١٨٨.
(٣) التاج والإكليل ٦/١٨٨.
(٤) التاج والإكليل ٦/١٨٨.

فَتَطَلَّبُ النَّصَّ فِي ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: «وَفِي الْمَالِ اُقْتُفِيَ وَالْحُبْسُ إِنْ يَقْدُمَ». يَعْنِي أَنَّهُ اُخْتُلِفَ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ، هَلْ يُعْمَلُ بِهَا فِي الْمَالِ وَالْحُبْسِ الْقَدِيمِ فَقَطْ، أَوْ يُعْمَلُ بِهَا فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَبِهِ الْعَمَلُ فِي زَمَانِ النَّاظِمِ؛ يَعْنِي وَكَذَا فِي زَمَانِنَا.

وَقَوْلُهُ: «كَذَا فِي الْغَيْبَةِ». التَّشْبِيهُ فِي ثُبُوتِ خَطِّ الشَّاهِدِ الْغَائِبِ بِعَدْلَيْنِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا يُغْنِي عَنْهُ إِذْ فَرْضُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ ذَلِكَ فِي الْغَيْبَةِ أَوْ الْمَوْتِ، وَلَعَلَّهُ أَعَادَهُ لِبَيَانِ قَدْرِ الْغَيْبَةِ الَّذِي هُوَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ.

وَقَوْلُهُ: «مُطْلَقًا». أَيْ: فِي الْمَالِ وَغَيْرِهِ، وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ: «وَفِي الْمَالِ اُقْتُفِيَ...» إلَخْ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَفِي قَبُولِهَا فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ قَوْلَانِ(١).

التَّوْضِيحُ: الْقَوْلُ بِأَنَّهَا تَخْتَصُّ بِالْأَمْوَالِ لِمُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغَ قَالُوا: لَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الْخَطِّ إِلَّا حَيْثُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ، وَالْقَوْلُ الْآخَرُ: لِمَالِكٍ. اهـ(٢).

وَقَالَ ابْنُ الْهِنْدِيِّ: أَكْثَرُ مَا يَجُوزُ الْعَمَلُ بِإِجَازَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ فِي الْأَحْبَاسِ الْقَدِيمَةِ. نَقَلَهُ الْمَوَّاقُ(٣).

وَنَقَلَهُ قَبْلَهُ مِنْ الْمُفِيدِ قَالَ: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَارِثِ: جَرَى الْعَمَلُ مِنْ الْقُضَاةِ بِبَلَدِنَا - يَعْنِي قُرْطُبَةَ- بِإِجَازَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ، وَلَا عَلِمْت أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فَرَّقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ فِي الْأَحْبَاسِ وَغَيْرِهَا فِي حَالٍ مِنْ الْأَحْوَالِ(٤).

(فَرْعٌ) ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْخَطِّ إِنَّمَا تَكُونُ عَلَى الْقَطْعِ حَتَّى يَكُونَ فِي مَعْرِفَةِ الْخَطِّ، وَمَعْرِفَةُ الشُّهُودِ لَهُ كَمَعْرِفَةِ الْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَسَائِرِ الْأَشْيَاءِ، وَوَقَعَ فِي كِتَابِ الْقَزْوِينِيِّ(٥) أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ عَلَى الْعِلْمِ. اهـ. مِنْ التَّوْضِيحِ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٤٧٦.

(٢) التوضيح ٧/٥٣٦.

(٣) التاج والإكليل ٦/١٨٨، ومنح الجليل ٨/٤٦٦، ومواهب الجليل ٨/٢٢٣.

(٤) التاج والإكليل ٦/١٨٨.

(٥) عبد الغفار بن عبد الكريم بن عبد الغفار القزويني، نجم الدين، عالم بالحساب، من فقهاء الشافعية، من أهل قزوين، من كتبه (الحاوي الصغير) في فروع الشافعية، و(العجاب في شرح اللباب) فقه، توفي سنة ٦٦٥ هـ. انظر: طبقات الشافعية ٥: ١١٨.

أَيْضًا أُنْظُرْ أَوَّلَ الْبَابِ الرَّابعِ وَالثَّلَاثِينَ مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونٍ، وَإِلَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَالْفُرُوعِ الثَّلَاثَةِ بَعْدَهَا.

أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: وَخَطُّ شَاهِدٍ مَاتَ أَوْ غَابَ بِبُعْدٍ، وَإِنْ بِغَيْرِ مَالٍ فِيهِمَا إِنْ عَرَفَهُ كَالمُعَيَّنِ، وَأَنَّهُ كَانَ يَعْرِفُ مَشْهَدَهُ وَتَحَمَّلَهَا عَدْلًا[١].

المُتَيْطِيُّ: لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الْخَطِّ إِلَّا مِنَ الْفَطِنِ الْعَارِفِ بِالْخُطُوطِ وَمُمَارَسَتِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ قَدْ أَدْرَكَ صَاحِبَ الْخَطِّ. اهـ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: إِذَا فَرَّعْنَا عَلَى قَبُولِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ، فَلَوْ لَمْ يَعْرِفْ الشَّاهِدُ عَلَى الْخَطِّ أَنَّ الشَّاهِدَ الْأَوَّلَ وَهُوَ المَشْهُودُ عَلَى خَطِّهِ، كَانَ يَعْرِفُ مَنْ أَشْهَدَهُ مَعْرِفَةَ الْعَيْنِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى خَطِّهِ، وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ زَرْبٍ[٢].

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: الْجَوَازُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ لَا يَضَعُ خَطَّهُ إِلَّا عَلَى مَنْ يَعْرِفُ، ثُمَّ قَالَ فِي التَّوْضِيحِ أَيْضًا: (فَرْعٌ) وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الشَّاهِدِ الْغَائِبِ أَوْ المَيِّتِ حَتَّى يَقُولَ: إِنَّهُ كَانَ فِي تَارِيخِ الشَّهَادَةِ عَدْلًا، وَلَمْ يَزَلْ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى تُوُفِّيَ، احْتِيَاطًا مِنْ أَنْ تَكُونَ شَهَادَتُهُ سَقَطَتْ بِجَرْحِهِ، أَوْ كَانَ غَيْرَ مَقْبُولِ الشَّهَادَةِ. اهـ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَإِذَا قُلْنَا: يُحْكَمُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ، فَهَلْ عَلَيْهِ يَمِينٌ مَعَ الشَّاهِدَيْنِ أَمْ لَا؟ رِوَايَتَانِ، وَمَنْشَأُ الْخِلَافِ هَلْ يَتَنَزَّلُ الشَّاهِدَانِ عَلَى خَطِّهِ مَنْزِلَةَ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْإِقْرَارِ، أَوْ مَنْزِلَةَ الشَّاهِدِ فَقَطْ لِضَعْفِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ؟ ثُمَّ قَالَ مَا حَاصِلُهُ: إِنَّهُ إِذَا لَمْ يَشْهَدْ بِذَلِكَ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَمَنْ قَالَ: عَلَيْهِ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدَيْنِ أَبْطَلَ الشَّهَادَةَ هُنَا، وَمَنْ قَالَ: لَا يَمِينَ عَلَيْهِ أَعْمَلَ الشَّهَادَةَ هُنَا، وَيَحْلِفُ يَمِينَيْنِ يَمِينٌ مَعَ شَاهِدِهِ، وَيَمِينٌ أُخْرَى لِكَمَالِ السَّبَبِ[٣].

(فَرْعٌ) سُئِلَ الْإِمَامُ سَيِّدِي أَبُو الْحَسَنِ الصَّغِيرُ عَنْ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ نَظَرَا وَثِيقَةً بِيَدِ رَجُلٍ تَتَضَمَّنُ إِثْبَاتَ حَقٍّ، وَتَحَقَّقَا مَا فِيهَا وَحَفِظَاهَا، وَنَظَرَا إِلَى شُهُودِهَا فَتَأَمَّلَا خُطُوطَهُمْ، فَتَحَقَّقَا أَنَّهَا خُطُوطُ قَوْمٍ مَاتُوا، وَعَلِمَا أَنَّهُمْ كَانُوا بِوَسْمِ الْعَدَالَةِ، وَقَبُولِ الشَّهَادَةِ حِينَ الْوَضْعِ، وَاتَّصَلَ ذَلِكَ إِلَى أَنْ مَاتُوا، ثُمَّ ضَاعَتْ الْوَثِيقَةُ، فَاسْتَظْهَرَ صَاحِبُ

(١) مختصر خليل ص ٢٢٤.

(٢) وهذا هو قول المختصر، وإن كان يعرف مشهده. انظر: حاشية المعداني ١/ ١٠٤.

(٣) التوضيح ٧/ ٥٣٢.

الْحَقِّ بِشَهَادَةِ هَذَيْنِ فَأَدَّيَا عِنْدَ الْقَاضِي حَسْبَمَا وَصَفَ، هَلْ يُعْمَلُ عَلَى ذَلِكَ كَمَا لَوْ لَمْ يَضِعْ الرَّسْمُ بِإِحْيَاءِ شَهَادَةِ شُهُودِهِ أَمْ لَا؟ فَأَجَابَ بِقَوْلِهِ: سُئِلْت عَنْ مِثْلِ هَذَا مَرَّتَيْنِ فَأَجَبْت عَنْهُ جَوَابَيْنِ: بِأَنَّ الْقَاضِيَ يَعْمَلُ عَلَى ذَلِكَ؛ إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا تَقَرَّرَ عِنْدَ الْقَاضِي الْآنَ مَعَ غَيْبَةِ الْوَثِيقَةِ، وَبَيْنَ مَا تَقَرَّرَ عِنْدَهُ مَعَ حُضُورِهَا بِاسْتِيفَاءِ هَذَيْنِ جَمِيعَ مَا فِيهَا وَإِحْيَائِهِمَا الشَّهَادَةَ الْوَاقِعَةَ فِيهَا، وَهُوَ الَّذِي يَفْعَلُ لَوْ حَضَرَتْ. اهـ[١].

نَقَلَهُ صَاحِبُ الْمِعْيَارِ بَعْدَ نَحْوِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ وَرَقَةً مِنْ نَوَازِلِ الشَّهَادَاتِ، ثُمَّ قَالَ إِثْرَهُ: وَانْظُرْ مَا يُنَاقِضُ هَذِهِ الْفَتْوَى فِي ابْنِ عَرَفَةَ وَالْمُتَيْطِيِّ، وَهُوَ الصَّحِيحُ الَّذِي لَا يُلْتَفَتُ إِلَى غَيْرِهِ[٢].

وَكَاتِبٌ بِخَطِّهِ مَا شَاءَهْ ... وَمَاتَ بَعْدُ أَوْ أَبَى إِمْضَاءَهْ

ثَبَتَ خَطُّهُ وَيَمْضِي مَا اقْتَضَى ... دُونَ يَمِينٍ وَبِذَا الْيَوْمَ الْقَضَا

هَذَا هُوَ الْمَوْضِعُ الثَّالِثُ مِنْ الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ، وَهُوَ الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ مَنْ كَتَبَ بِيَدِهِ مَا يَلْزَمُهُ الْإِقْرَارُ بِهِ ثُمَّ مَاتَ، أَوْ أَنْكَرَ أَنَّ ذَلِكَ الْخَطَّ خَطُّهُ، فَأَخْبَرَ النَّاظِمُ أَنَّ الْحُكْمَ فِي ذَلِكَ أَنْ يُثْبِتَ صَاحِبُ الْحَقِّ بِشَاهِدَيْنِ أَنَّ الْخَطَّ خَطُّ هَذَا الْمُنْكِرِ أَوْ الْمَيِّتِ، وَيَلْزَمُهُ أَوْ وَرَثَتَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ دُونَ يَمِينٍ، يَلْزَمُ صَاحِبَ الْحَقِّ فِي ذَلِكَ، وَبِهَذَا الْحُكْمِ الْقَضَاءُ، وَبِهِ أَفْتَى الشَّيْخُ خَلِيلٌ حَيْثُ قَالَ: وَجَازَتْ عَلَى خَطِّ مُقِرٍّ بِلَا يَمِينٍ[٣].

ابْنُ الْحَاجِبِ: أَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الْمُقِرِّ فَجَائِزَةٌ كَإِقْرَارِهِ، وَلَا يَحْلِفُ عَلَى الْأَصَحِّ[٤].

التَّوْضِيحُ: وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يُحْكَمُ لَهُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ، فَهَلْ عَلَيْهِ يَمِينٌ مَعَ الشَّاهِدَيْنِ أَوْ لَا؟ رِوَايَتَانِ، وَمَنْشَأُ الْخِلَافِ هَلْ يَتَنَزَّلُ الشَّاهِدَانِ عَلَى خَطِّهِ مَنْزِلَةَ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْإِقْرَارِ، أَوْ مَنْزِلَةَ الشَّاهِدِ فَقَطْ لِضَعْفِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ[٥]؟

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك ٤/ ١٢٥.
(٢) منح الجليل ٨/ ٤٦٣.
(٣) مختصر خليل ص ٢٢٤.
(٤) جامع الأمهات ص ٤٧٥.
(٥) التوضيح ٧/ ٥٣٢.

ثُمَّ قَالَ: (فَرْعٌ) وَإِذَا أَقَامَ صَاحِبُ الْحَقِّ شَاهِدًا وَاحِدًا عَلَى الْخَطِّ فَرِوَايَتَانِ حَكَاهُمَا ابْنُ الْجَلاَّبِ، وَهُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّهُ إِذَا شَهِدَ لَهُ اثْنَانِ هَلْ يَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ أَوْ لاَ؟ فَمَنْ قَالَ: لاَ يَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ. أَعْمَلَ الشَّهَادَةَ هُنَا، وَمَنْ قَالَ: يَحْتَاجُ. أَبْطَلَ الشَّهَادَةَ هُنَا، وَإِذَا قُلْنَا: يُحْكَمُ لَهُ بِهِ. فَيَحْتَاجُ إِلَى يَمِينَيْنِ يَمِينٍ مَعَ شَاهِدِهِ، وَيَمِينٍ أُخْرَى لِيُكْمِلَ السَّبَبَ.

الشَّارْمَسَاحِيُّ[1] فِي شَرْحِ الْجَلاَّبِ: وَصَحَّ أَنْ يَحْلِفَ يَمِينَيْنِ فِي حَقٍّ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ لاَ عَلَى جِهَةٍ وَاحِدَةٍ. اهـ[2].

(فَرْعٌ) إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَشْهَدُ عَلَى خَطِّ الْمُقِرِّ، فَطَلَبَ الْمُدَّعِي أَنْ يُجْبَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى أَنْ يَكْتُبَ بِمَحْضَرِ الْعُدُولِ، وَيُقَابِلَ مَا كَتَبَهُ بِمَا أَظْهَرَهُ الْمُدَّعِي، فَأَفْتَى عَبْدُ الْحَمِيدِ بِعَدَمِ جَبْرِهِ، وَأَفْتَى اللَّخْمِيُّ بِجَبْرِهِ، وَأَنْ يَطُولَ تَطْوِيلاً لاَ يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ فِيهِ خَطًّا غَيْرَ خَطِّهِ. اهـ[3].

وَامْتَنَـــعَ النُّقْـــصَانُ وَالزِّيَـــادَهْ إِلَّا لِمَـــنْ بَـــرَّزَ فِي الـــشَّهَادَهْ

يَعْنِي أَنَّ الشَّاهِدَ لاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي شَهَادَتِهِ، أَوْ يَنْقُصَ مِنْهَا إِلَّا إِذَا كَانَ مُبَرِّزًا سَابِقًا فِي الْعَدَالَةِ، فَيُقْبَلُ مِنْهُ مَا زَادَ أَوْ نَقَصَ، كَمَا لَوْ شَهِدَ أَنَّ لِزَيْدٍ قِبَلَ عَمْرٍو مِائَةً، ثُمَّ شَهِدَ أَنَّهَا مِائَةٌ وَعِشْرُونَ، أَوْ قَالَ: إِنَّمَا عَلَيْهِ ثَمَانُونَ. أَوْ بِالْعَكْسِ، وَظَاهِرُ قَبُولِ ذَلِكَ مِنْ الْمُبَرِّزِ قَبْلَ الْحُكْمِ أَوْ بَعْدَهُ، وَفِي ذَلِكَ خِلاَفٌ وَتَفْصِيلٌ يُرَاجَعُ فِي الْمُطَوَّلاَتِ، وَأَمَّا غَيْرُ الْمُبَرِّزِ فَلاَ تُقْبَلُ مِنْهُ زِيَادَةٌ وَلاَ نُقْصَانٌ، وَقَبُولُ ذَلِكَ مِنْ الْمُبَرِّزِ مَحِلُّهُ بَعْدَ أَدَائِهَا عِنْدَ الْقَاضِي، وَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَلاَ تُعْتَبَرُ زِيَادَةٌ وَلاَ نُقْصَانَ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ فِي عَدِّ مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّبْرِيزُ فِي الْعَدَالَةِ: وَمَنْ زَادَ فِي شَهَادَتِهِ أَوْ نَقَصَ

---

(١) عبد الله بن عبد الرحمن بن عمر، المعري الأصل، الشارمساحي المولد، نسبة إلى شارمساح من بلدان مصر، الإسكندري المنشأ والدار، المالكي، فقيه أصولي، ولد سنة ٥٨٩ هـ، ورحل إلى بغداد سنة ٦٣٣ هـ بأهله وولده، وصحبه جماعة من الفقهاء فتلقاه الخليفة المستنصر بالله بالترحيب والإقبال وبلوغ الآمال، وتوفي سنة ٦٦٩ هـ، من تآليفه: (نظم الدر في اختصار المدونة)، و(الفوائد في الفقه) و(التعليق في علم الخلاف) و(شرح آداب النظر) و(شرح الجلاب). انظر: حسن المحاضرة ١/ ٢٦٠، والديباج ١٤٢، ١٤٣، ومعجم المؤلفين ٦/ ٧١.

(٢) التوضيح ٧/ ٥٣٤.

(٣) التوضيح ٧/ ٥٣٣، ومنح الجليل ٨/ ٤٧٠.

بَعْدَ أَدَائِهَا. اهـ[١].

وَقَالَ ابْنُ يُونُسَ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَنْ شَهِدَ بِثَلاَثِينَ دِينَارًا، ثُمَّ جَاءَ يَذْكُرُ أَنَّهَا كَانَتْ خَمْسِينَ، فَإِنَّهَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ[٢].

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: هَذِهِ إِحْدَى المَسَائِلِ الَّتِي يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّبْرِيزُ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ.اهـ[٣].

وَقَدْ تَقَدَّمَتْ هَذِهِ النَّظَائِرُ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: «وَلِأَخِيهِ يَشْهَدُ المُبَرِّزُ...» الْبَيْتَ، وَبَرَّزَ فِي الْبَيْتِ بِفَتْحِ الرَّاءِ.

وَرَاجِعٌ عَنْهَا قَبُولُهُ اعْتُبِرْ ... مَا الْحُكْمُ لَمْ يَمْضِ وَإِنْ لَمْ يَعْتَذِرْ

وَإِنْ مَضَى الْحُكْمُ فَلاَ وَاخْتُلِفَا ... فِي غُرْمِهِ لِمَا بِهَا قَدْ أُتْلِفَا

وَشَاهِدُ الزُّورِ اتِّفَاقًا يَغْرَمُهْ ... فِي كُلِّ حَالٍ الْعِقَابُ يَلْزَمُهْ

تَكَلَّمَ فِي الْأَبْيَاتِ عَلَى رُجُوعِ الشَّاهِدِ عَنْ الشَّهَادَةِ، وَلِلرُّجُوعِ كَمَا قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ ثَلاَثُ صُوَرٍ:

الصُّورَةُ الْأُولَى: قَبْلَ الْقَضَاءِ فَلاَ قَضَاءَ؛ أَيْ لَا يُقْضَى بِهَا وَتَصِيرُ كَالْعَدَمِ، وَإِلَى هَذِهِ الصُّورَةِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ فَضَمِيرُ قَبُولِهِ لِلرُّجُوعِ، وَالمَعْنَى أَنَّ رُجُوعَهُ يُقْبَلُ، وَيُعْمَلُ بِهِ سَوَاءٌ اعْتَذَرَ وَقَالَ تَوَهَّمْت مَثَلاً أَوْ نَسِيت، أَوْ لَمْ يَعْتَذِرْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ إِمْضَاءِ الْحُكْمِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: بَعْدَ الْقَضَاءِ وَقَبْلَ الِاسْتِيفَاءِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُسْتَوْفَى الدَّمُ كَالمَالِ، وَقَالَ أَيْضًا: وَغَيْرُهُ لَا يُسْتَوْفَى لِحُرْمَةِ الدَّمِ.

الصُّورَةُ الثَّالِثَةُ بَعْدَ الِاسْتِيفَاءِ، فَيُغَرَّمَانِ الدِّيَةَ وَغَيْرَهَا إِنْ لَمْ يَثْبُتْ عَمْدُهُمَا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، ولَا يُغَرَّمَانِ عِنْدَ ابْنِ المَاجِشُونِ، فَإِنْ ثَبَتَ عَمْدُهُمَا فَالدِّيَةُ لِابْنِ الْقَاسِمِ، وَالْقِصَاصُ لِأَشْهَبَ[٤].

وَإِلَى هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ مَضَى الْحُكْمُ فَلاَ». وَهُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومِ

---

(١) البيان والتحصيل ٩/٤٢٥، والتاج والإكليل ٦/١٥٧.

(٢) البيان والتحصيل ١٠/٧٥.

(٣) البيان والتحصيل ٩/٤٢٦.

(٤) جامع الأمهات ٤٧٨- ٤٧٩.

قَوْلِهِ قَبْلَهُ: «مَا الْحُكْمُ لَمْ يَمْضِ». يَعْنِي أَنَّ رُجُوعَ الشَّاهِدِ إِذَا كَانَ بَعْدَ حُكْمِ الْقَاضِي بِمُقْتَضَى الشَّهَادَةِ، سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الاِسْتِيفَاءِ كَمَا إِذَا حُكِمَ بِغُرْمِ الْمَالِ، وَلَمْ يُؤْخَذْ مِنَ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ حَتَّى رَجَعَ الشَّاهِدُ، وَهِيَ الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ عِنْدَ ابْنِ الْحَاجِبِ، أَوْ كَانَ رُجُوعُهُ بَعْدَ الاِسْتِيفَاءِ، وَهُوَ دَفْعُ الْمَالِ الْمِثَالُ الْمَذْكُورُ، وَهِيَ الصُّورَةُ الثَّالِثَةُ، فَإِنَّ الرُّجُوعَ فِي هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ لاَ يُعْتَبَرُ وَلاَ يُعْمَلُ عَلَيْهِ، بَلْ يَمْضِي الْحُكْمُ وَيُسْتَوْفَى الْمَالُ، وَاخْتُلِفَ فِي اسْتِيفَاءِ الدَّمِ هَذَا بَعْدَ الْحُكْمِ وَقَبْلَ الاِسْتِيفَاءِ، وَأَمَّا بَعْدَ الاِسْتِيفَاءِ فَلاَ كَلاَمَ فَقَوْلُهُ: «وَإِنْ مَضَى الْحُكْمُ فَلاَ» أَيْ: فَلاَ يُعْتَبَرُ الرُّجُوعُ وَلاَ يُعْمَلُ عَلَيْهِ بِقَدْرٍ، كَأَنَّهُ لَمْ يَرْجِعْ وَيَبْقَى الْكَلاَمُ فِي غُرْمِ الشَّاهِدِ لِمَا أَتْلَفَ بِشَهَادَتِهِ.

(وَاعْلَمْ) أَنَّ الْمُتْلَفَ بِالشَّهَادَةِ إِمَّا نَفْسٌ أَوْ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ تَعَمَّدَ الْكَذِبَ وَالزُّورَ، فَفِي غُرْمِهِ الْمَالَ مِنْ دِيَةٍ أَوْ غَيْرِهَا قَوْلاَنِ: فَيُغَرَّمُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَلاَ يُغَرَّمُ عِنْدَ ابْنِ الْمَاجِشُونِ كَمَا تَقَدَّمَ عَنْ ابْنِ الْحَاجِبِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَاخْتَلَفَا ...» إِلَخْ. وَضَمِيرُ بِهَا لِلشَّهَادَةِ، فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهُ تَعَمَّدَ الْكَذِبَ وَالزُّورَ فَيُغَرَّمُ الْمَالَ اتِّفَاقًا وَلَا إِشْكَالَ، وَإِنْ كَانَ شَهِدَ بِالْقَتْلِ أَوْ الْجُرْحِ عَمْدًا، ثُمَّ رَجَعَ عَنْ شَهَادَتِهِ وَثَبَتَ أَنَّ شَهَادَتَهُ بِالْقَتْلِ أَوْ بِالْجُرْحِ كَانَتْ زُورًا وَكَذِبًا.

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُغَرَّمُ الدِّيَةَ. وَقَالَ أَشْهَبُ: يُقْتَصُّ مِنْ الشَّاهِدِ. وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَشَاهِدُ الزُّورِ اتِّفَاقًا يَغْرَمُهْ». أَيْ: مَا أَتْلَفَ بِشَهَادَتِهِ، وَمَعْنَى فِي كُلِّ حَالٍ؛ أَيْ: سَوَاءٌ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ مَالًا أَوْ دَمًا.

وَظَاهِرُ قَوْلِهِ: «يَغْرَمُهْ فِي كُلِّ حَالٍ». أَنَّهُ لَا يُنْتَقَصُ مِنْ الشَّاهِدِ فِي الْقَتْلِ أَوْ الْجُرْحِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ: «وَالْعِقَابُ يَلْزَمُهْ». أَيْ: لِشَاهِدِ الزُّورِ زِيَادَةً عَلَى الْغُرْمِ.

قَالَ الشَّارِحُ: فِي كِتَابِ ابْنِ يُونُسَ قَالَ سَحْنُونٌ: إِذَا رَجَعَ الشُّهَدَاءُ قَبْلَ الْحُكْمِ، وَقَدْ شَهِدُوا بِحَقٍّ، أَوْ حَدِّ اللهِ مِنْ زِنًى أَوْ سَرِقَةٍ أَوْ خَمْرٍ أَوْ عِتْقٍ، أَوْ فِي جَمِيعِ الْأَقْوَالِ، فَإِنَّهُمْ يُقَالُونَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْعُقُوبَةِ، وَهِمُوا فِي شَهَادَتِهِمْ أَوْ رَجَعُوا عَنْهَا لِشَكٍّ خَالَطَهُمْ؛ لِأَنَّ الْعُقُوبَةَ فِي هَذَا تُوجِبُ الْخَوْفَ، فَلاَ يَرْجِعُ أَحَدٌ عَنْ شَهَادَةٍ شَهِدَهَا عَلَى بَاطِلٍ أَوْ شَكٍّ إِذَا أَرَادَ التَّوْبَةَ، وَيُحَدُّونَ فِيمَا شَهِدُوا بِهِ مِنْ الزِّنَا حَدَّ الْقَذْفِ فِي الْحُرِّ الْمُسْلِمِ، وَفِيهِ أَيْضًا رَوَى الْمُغِيرَةُ عَنْ أَبِي ذِئْبٍ أَنَّ رَسُولَ ﷺ قَالَ فِي شَاهِدٍ شَهِدَ ثُمَّ رَجَعَ عَنْ شَهَادَتِهِ

بَعْدَ أَنْ حَكَمَ بِهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ قَالَ ﷺ: «تَمْضِي شَهَادَتُهُ الْأُولَى لِأَهْلِهَا -وَهِيَ الشَّهَادَةُ-، وَالْأَخِيرَةُ بَاطِلَةٌ». وَأَخَذَ بِذَلِكَ مَالِكٌ وَغَيْرُهُ[١]. وَجَمِيعُ أَصْحَابِهِ يَرَوْنَ أَنْ يُغَرَّمَ مَا أَتْلَفَ بِشَهَادَتِهِ إِذَا أَقَرَّ بِتَعَمُّدِ الزُّورِ قَالَهُ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ.

قَالَ سَحْنُونٌ: اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي رُجُوعِ الْبَيِّنَةِ بَعْدَ الْحُكْمِ، فَقَالُوا: إِنْ قَالُوا: وَهِمْنَا أَوْ اُشْتُبِهَ عَلَيْنَا. فَلاَ غُرْمَ عَلَيْهِمْ وَلَا أَدَبَ، وَإِنْ قَالُوا: زَوَّرْنَا. غُرِّمُوا مَا أَتْلَفُوا وَأُدِّبُوا. وَقَالَ آخَرُونَ: يُغَرَّمُوا مَا أَتْلَفُوا فِي الْعَمْدِ وَالْوَهْمِ وَالشَّكِّ وَيُؤَدَّبُ الْمُتَعَمِّدُونَ. اهـ.

وَفِي شَهَادَةِ الْمُدَوَّنَةِ: إِنْ أُخِذَ شَاهِدُ الزُّورِ ضُرِبَ قَدْرَ مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ، وَيُطَافُ بِهِ فِي الْمَجَالِسِ. ابْنُ الْقَاسِمِ: يُرِيدُ فِي مَجَالِسِ الْمَسْجِدِ الْأَعْظَمِ[٢].

وَفِي مُفِيدِ الْحُكَّامِ: اتَّفَقَ أَصْحَابُ مَالِكٍ عَلَى تَغْرِيمِ شَاهِدِ الزُّورِ مَا أَتْلَفَ بِشَهَادَتِهِ، وَاخْتَلَفُوا فِي تَغْرِيمِهِ إِذَا ادَّعَى الْوَهْمَ وَالشُّبَهَ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا غُرْمَ وَلَا أَدَبَ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُغَرَّمُ. اهـ.

وَرَاجِعْ شُرَّاحَ قَوْلِهِ: «وَعُزِّرَ شَاهِدُ الزُّورِ فِي مَلأٍ بِنِدَاءٍ».

(تَنْبِيهَانِ):

الْأَوَّلُ: مَا تَقَدَّمَ مِنْ إِمْضَاءِ الْحُكْمِ فِي رُجُوعِ الشَّاهِدِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا لَمْ يَتَبَيَّنْ كَذِبُهُ فِيمَا شَهِدَ بِهِ أَوَّلًا، بِأَنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ لِاحْتِمَالِ صِدْقِهِ فِيمَا شَهِدَ بِهِ أَوَّلًا، وَكَذِبِهِ فِيمَا رَجَعَ إِلَيْهِ، وَأَمَّا إِنْ تَبَيَّنَ كَذِبُهُ، فَإِنَّ الْحُكْمَ يُنْقَضُ إِنْ أَمْكَنَ نَقْضُهُ كَاسْتِحْقَاقِ رُبْعٍ وَنَحْوِهِ، كَمَسْأَلَةِ الْمُدَوَّنَةِ فِيمَنْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِمَوْتِهِ، فَبِيعَتْ تِرْكَتُهُ وَتَزَوَّجَتْ زَوْجَتُهُ، ثُمَّ قَدِمَ حَيًّا، فَإِنْ ذَكَرَ الشُّهُودُ مَا يُعْذَرُونَ بِهِ فَهَذَا تُرَدُّ إِلَيْهِ زَوْجَتُهُ، وَلَيْسَ لَهُ مِنْ مَتَاعِهِ إِلَّا مَا وَجَدَ، وَمَا بِيعَ فَهُوَ أَحَقُّ بِالثَّمَنِ إِنْ وَجَدَهُ قَائِمًا، فَإِنْ لَمْ تَأْتِ الْبَيِّنَةُ بِمَا تُعْذَرُ بِهِ، فَذَلِكَ كَتَعَمُّدِهِمْ الزُّورَ، فَلْيَأْخُذْ مَتَاعَهُ حَيْثُ وَجَدَهُ وَعَبْدَهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أُعْتِقَ وَأَمَتَهُ، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ، وَإِلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: آخِرَ الِاسْتِحْقَاقِ كَمَشْهُودٍ بِمَوْتِهِ إِنْ عُذِرَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِلَّا فَكَالْغَاصِبِ[٣].

وَكَذَلِكَ إِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ بِأَنَّ هَذَا الرَّجُلَ قَتَلَ فُلَانًا عَمْدًا فَحُكِمَ بِقَتْلِهِ، ثُمَّ قَدِمَ حَيًّا

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٩٩.

(٢) المدونة ٤/١٠.

(٣) مختصر خليل ص ١٩٢.

قَبْلَ قَتْلِ المَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْحُكْمَ يَنْتَقِضُ، وَكَذَلِكَ إِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَحُكِمَ بِرَجْمِهِ، فَوُجِدَ الرَّجُلُ مَجْبُوبًا فَيُنْتَقَضُ الْحُكْمُ، وَلَا يُحَدُّ الشُّهُودُ حَدَّ الْقَذْفِ؛ إِذْ لَا حَدَّ عَلَى مَنْ قَالَ لِلْمَجْبُوبِ: يَا زَانِي، أَمَّا مَا لَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ فَلاَ إِشْكَالَ فِي عَدَمِ نَقْضِهِ وَيَمْضِي؛ إِذِ الْفَرْضُ أَنَّ نَقْضَهُ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَذَلِكَ كَالْحُكْمِ بِقَتْلِ الْقَاتِلِ فَقُتِلَ، ثُمَّ قَدِمَ المَشْهُودُ بِقَتْلِهِ حَيًّا، وَكَالْحُكْمِ بِرَجْمِ مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ أَرْبَعٌ بِالزِّنَا، فَرُجِمَ فَظَهَرَ أَنَّ الَّذِي رُجِمَ مَجْبُوبٌ، فَلاَ يُحَدُّ الشُّهُودُ لِلْقَذْفِ كَمَا مَرَّ، بَلْ عَلَيْهِمُ الدِّيَةُ فِي أَمْوَالِهِمْ مَعَ الْأَدَبِ وَطُولِ السَّجْنِ.

الثَّانِي: مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الرُّجُوعَ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْحُكْمِ، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ تَصِيرُ كَالْعَدَمِ بِغَيْرِ الشَّهَادَةِ بِالزِّنَا مَا إِنْ شَهِدُوا بِزِنًى، ثُمَّ رَجَعُوا قَبْلَ الْحُكْمِ، فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ فِي الْحُرِّ المُسْلِمِ كَمَا تَقَدَّمَ عَنِ ابْنِ يُونُسَ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

فصل في أنواع الشهادات

ثُمَّ الشَّهَادَةُ لَدَى الْقَضَاءِ ... جُمْلَتُهَا خَمْسٌ بِالِاسْتِقْرَاءِ

تَخْتَصُّ أُولَاهَا عَلَى التَّعْيِينِ ... أَنْ تُوجِبَ الْحَقَّ بِلاَ يَمِينِ

فَفِي الزِّنَا مِنَ الذُّكُورِ أَرْبَعَهْ ... وَمَا عَدَا الزِّنَا فَفِي اثْنَيْنِ سَعَهْ

وَرَجُلٌ بِامْرَأَتَيْنِ يُعْتَضَدْ ... فِي كُلِّ مَا يَرْجِعُ لِلْمَالِ اُعْتُمِدْ

وَفِي اثْنَتَيْنِ حَيْثُ لَا يَطَّلِعُ ... إِلَّا النِّسَاءُ كَالمَحِيضِ مَقْنَعُ

قَسَّمَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ الشَّهَادَةَ إِلَى خَمْسَةِ أَقْسَامٍ:

الْأَوَّلُ: مِنْهَا مَا يُوجِب الْحَقَّ بِلاَ يَمِينٍ، لَكِنْ بِشَرْطِ تَعَدُّدِ الشَّاهِدِ فِيهَا عَلَى الْجُمْلَةِ وَلَوْ صَغِيرًا أَوْ امْرَأَةً.

الثَّانِي: مَا يُوجِبُهُ لَكِنْ مَعَ الْيَمِينِ.

الثَّالِثُ: لَا يُوجِبُ حَقًّا بَلْ تَوْقِيفَ الشَّيْءِ المُتَنَازَعِ فِيهِ.

الرَّابِعُ: مَا يُوجِبُ الْيَمِينَ فَقَطْ عَلَى المَطْلُوبِ.

الْخَامِسُ: مَا لَا يُوجِبُ شَيْئًا وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ، وُجُودُهُ كَالْعَدَمِ.

وَهَذَا التَّقْسِيمُ هُوَ بِاعْتِبَارِ مُوجَبِ الشَّهَادَةِ -بِفَتْحِ الْجِيمِ-؛ أَيْ: مَا تُوجِبُهُ وَمَا يَنْبَنِي عَلَيْهَا.

وَقَسَّمَهَا ابْنُ الْحَاجِبِ إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ وَسَمَّاهَا مَرَاتِبَ، وَهَذَا بِاعْتِبَارِ مَا يَكْفِي فِي المَشْهُودِ فِيهِ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهِ، فَبَعْضُهُ لَا يَكْفِي وَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ كَالزِّنَا، وَبَعْضُهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِعَدْلَيْنِ، وَهُوَ مَا لَيْسَ زِنًى وَلَا مَالًا وَلَا آيِلاً إِلَى مَالٍ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ، وَبَعْضُهُ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَذَلِكَ المَالُ وَمَا يَئُولُ إِلَيْهِ كَالْآجَالِ وَالْخِيَارِ وَالشُّفْعَةِ، وَبَعْضُهُ يَثْبُتُ بِامْرَأَتَيْنِ وَهُوَ مَا لَا يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ كَالْوِلَادَةِ وَعُيُوبِ النِّسَاءِ[1].

وَزَادَ غَيْرُهُ مَا يَثْبُتُ بِامْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، وَذَلِكَ الْخِلْطَةُ عِنْدَ مَنْ اشْتَرَطَهَا فِي تَوَجُّهِ الْيَمِينِ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلِكُلٍّ مِنْ صَنِيعِ النَّاظِمِ التَّابِعِ فِيهِ لِابْنِ الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيِّ، وَصَنِيعِ ابْنِ

---

(١) جامع الأمهات ٤٧٤- ٤٧٥.

الْحَاجِبِ التَّابِعِ فِيهِ لاِبْنِ شَاسٍ، وَجْهٌ أَحَدُهُمَا قَرِيبٌ مِنَ الْآخَرِ أَوْ عَيْنُهُ، فَالزِّنَا مَثَلاً تَكَلَّمَ فِيهِ النَّاظِمُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ شَهِدَ بِهِ أَرْبَعَةٌ ثَبَتَ بِلاَ يَمِينٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَرْبَعَةٍ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ كَالنِّكَاحِ(١).

وَالطَّلاَقُ فِي النَّظْمِ تَكَلَّمَ عَلَى أَنَّهُ إِذَا شَهِدَ بِهِ عَدْلاَنِ ثَبَتَ بِلاَ يَمِينٍ، وَابْنُ الْحَاجِبِ قَالَ: إِنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِعَدْلَيْنِ(٢).

وَالمَالُ وَمَا يَئُولُ إِلَيْهِ تَكَلَّمَ فِي النَّظْمِ عَلَى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَابْنُ الْحَاجِبِ عَلَى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِذَلِكَ وَبِغَيْرِهِ كَامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ، وَرَجُلٍ وَيَمِينٍ، وَكِلاَهُمَا حَسَنٌ، فَجَزَاهُمَا اللهُ عَنِ الْمُسْلِمِينَ خَيْرًا، وَأَعْظَمَ لَهُمَا ثَوَابًا وَأَجْرًا.

وَذَكَرَ النَّاظِمُ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ الْقِسْمَ الْأَوَّلَ الَّذِي يُوجِبُ الْحَقَّ بِلاَ يَمِينٍ، وَتَحْتَهُ سِتَّةُ أَنْوَاعٍ:

النَّوْعُ الْأَوَّلُ: شَهَادَةُ أَرْبَعَةٍ عُدُولٍ فِي الزِّنَا يَرَوْنَهُ كَالمِرْوَدِ فِي المُكْحُلَةِ.

الثَّانِي: شَهَادَةُ عَدْلَيْنِ فِي المَالِ وَغَيْرِهِ مَا عَدَا الزِّنَا، وَإِلَى هَذَيْنِ النَّوْعَيْنِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «فَفِي الزِّنَا مِنْ الذُّكُورِ أَرْبَعَهْ...» الْبَيْتَ.

الثَّالِثُ: شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَذَلِكَ فِي المَالِ وَمَا يَئُولُ إِلَيْهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَرَجُلٌ بِامْرَأَتَيْنِ يُعْتَضَدْ».

الرَّابِعُ: شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ كَالْحَيْضِ وَالوِلاَدَةِ، وإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي اثْنَتَيْنِ حَيْثُ...» الْبَيْتَ.

وَ«لَدَى» فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ بِمَعْنَى عِنْدَ؛ لِأَنَّهَا لَا تُعْتَبَرُ فَتُوجِبُ حَقًّا أَوْ لَا تُوجِبُهُ إِلَّا عِنْدَ أَدَائِهَا عِنْدَ الْقَاضِي، وَالِاسْتِقْرَاءُ التَّتَبُّعُ وَالْبَحْثُ، وَضَمِيرُ أُولاَهَا لِلْخَمْسِ، وَبِامْرَأَتَيْنِ يَتَعَلَّقُ بِـ«يُعْتَضَدُ»، وَجُمْلَةُ «أُعْتُمِدَ» خَبَرُ «رَجُلٍ»، وَسَوَّغَ الِابْتِدَاءَ بِهِ وَصْفُهُ بِجُمْلَةِ «يُعْتَضَدُ»، وَنَائِبُهُ يَعُودُ عَلَى الرَّجُلِ المَوْصُوفِ، وَهُوَ الرَّابِطُ لِجُمْلَةِ الْخَبَرِ بِالمُبْتَدَأِ، وَفِي «كُلٍّ» يَتَعَلَّقُ بِـ«اعْتُمِدَ» وَفِي «اثْنَتَيْنِ» خَبَرُ «مَقْنَعُ»، وَسَوَّغَ الِابْتِدَاءَ بِهِ تَقَدُّمُ الْخَبَرِ وَهُوَ جَارٌّ وَمَجْرُورٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(تَنْبِيهَاتٌ):

---

(١) جامع الأمهات ٤٧٤.

(٢) جامع الأمهات ٤٧٤

الْأَوَّلُ: قَالَ الشَّارِحُ: الْيَمِينُ الْمَنْفِيَّةُ فِي هَذَا الْقَسَمِ هِيَ الْيَمِينُ الَّتِي يُقْصَدُ بِهَا تَقْوِيَةُ شَهَادَةِ الشُّهُودِ الَّذِينَ شَهِدُوا فِي ذَلِكَ، كَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، أَوْ مَعَ شَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ فِي الْأَمْوَالِ وَنَحْوِهَا، فَلاَ تُعْتَرَضُ بِيَمِينِ الْقَضَاءِ الْوَاجِبَةِ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ وَالْغَائِبِ وَمَنْ لَحِقَ بِهِمَا؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْيَمِينَ لَيْسَتْ بِعَاضِدَةٍ لِشَهَادَةِ الشُّهُودِ، وَلَا مُقَوِّيَةً لَهَا، وَإِنَّمَا هِيَ فِي مُقَابَلَةِ فَرْضِ دَعْوَى الْغَرِيمِ الْبَرَاءَةَ مِنْ الْحَقِّ، وَكَذَلِكَ لَا يُعْتَرَضُ بِيَمِينِ الِاسْتِحْقَاقِ الْوَاجِبَةِ فِي غَيْرِ الْأُصُولِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُقَوِّيَةٍ أَيْضًا، وَإِنَّمَا هِيَ فِي مُقَابَلَةِ فَرْضِ دَعْوَى صَيْرُورَةِ الْمُسْتَحِقِّ لِلْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ بِهِبَةٍ، أَوْ غَيْرِهَا مِمَّا يَنْفِي الْيَمِينُ احْتِمَالَهَا، وَلَا يَكْفِي عَنْهَا قَوْلُ الشُّهُودِ وَمَا يَعْلَمُونَهُ بَاعَهُ وَلَا وَهَبَهُ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا نَفَوْا الْعِلْمَ فَقَطْ؛ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالْمِلْكِيَّةِ عَلَى الْبَيْتِ، وَبِاسْتِمْرَارِهَا عَلَى الْعِلْمِ، فَالْيَمِينُ فِي مُقَابَلَةِ دَعْوَى مَا لَمْ يَعْلَمُهُ الشَّاهِدُ مِنْ عَدَمِ اسْتِمْرَارِ الْمِلْكِ لَا لِتَقْوِيَةِ الشَّهَادَةِ.

الثَّانِي: شَمَلَ قَوْلُهُ: «**وَمَا عَدَا الزِّنَا فَفِي اثْنَيْنِ سَعَهْ**». جَمِيعَ الْحُقُوقِ فِي الْمَالِيَّةِ وَالْبَدَنِيَّةِ مَا عَدَا الزِّنَا لِتَقَدُّمِهِ، فَجَمِيعُ ذَلِكَ يَثْبُتُ بِعَدْلَيْنِ عَلَى تَفْصِيلٍ فِي أَفْرَادِهِ؛ إِذْ مِنْهَا مَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِعَدْلَيْنِ، وَمِنْهَا مَا يَثْبُتُ بِعَدْلٍ وَيَمِينٍ، أَوْ بِعَدْلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَوْ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ، فَثُبُوتُ جَمِيعِ ذَلِكَ بِعَدْلَيْنِ هُوَ الَّذِي فِي النَّظْمِ، وَالتَّفْصِيلُ الَّذِي فِي أَفْرَادِهِ هُوَ الَّذِي فِي ابْنِ الْحَاجِبِ، وَسَوَاءٌ تَضَمَّنَتْ شَهَادَةُ عَدْلَيْنِ إِتْلَافَ نَفْسٍ كَالْقَوَدِ، أَوْ عُضْوٍ كَالْقَطْعِ، أَوْ إِبَاحَةِ بُضْعٍ كَالنِّكَاحِ، أَوْ انْتِهَاكِ بَشَرَةٍ كَالتَّعْزِيرِ وَالْحُدُودِ، أَوْ إِبَانَةِ عِصْمَةٍ كَالطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ، أَوْ إِبَانَةِ مَالٍ كَالْهِبَةِ وَالْعِتْقِ، أَوْ نَقْلِ مِلْكٍ كَالْمُعَاوَضَةِ وَالْبَيْعِ، أَوْ تَعْمِيرِ ذِمَّةٍ كَالسَّلَمِ وَالدَّيْنِ، أَوْ تَعَلُّقِ حَقٍّ كَالْعَارِيَّةِ وَالرَّهْنِ، أَوْ إِلْزَامِ حُكْمٍ كَالتَّعَدِّي وَالْغَصْبِ، الْحُكْمُ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ، وَلَكِنَّ الَّذِي يَخْتَصُّ بِهِ الرِّجَالُ وَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِمْ أَحْكَامٌ مَخْصُوصَةٌ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ ابْنُ شَاسٍ: الْمَرْتَبَةُ الثَّانِيَةُ مَا عَدَا الزِّنَا مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا يَئُولُ إِلَيْهِ، كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ وَالْإِسْلَامِ وَالرِّدَّةِ وَالْبُلُوغِ[1] وَالْوَلَاءِ وَالْعِدَّةِ[2] وَالْجَرْحِ[1]

---

(١) هذا إذا أريد بإثبات البلوغ القصاص مثلاً، وأما إذا أريد بإثباته أخذ مال ككونه يُسهم له من الغنيمة، فربما يكفي فيه شاهد وامرأتان شهدا أنه بلغ ثمانية عشر عامًا. انظر: حاشية المعداني على الإتقان والإحكام ١/١١١.

(٢) هذا باعتبار انها تزوج، وأما إن كان الطلاق رجعيًا وادعى أن العدة انقضت لتنقطع النفقة عنه وشهد=

وَالتَّعْدِيلِ، وَالْعَفْوِ عَنْ الْقِصَاصِ[٢]، وَثُبُوتِهِ فِي النَّفْسِ[٣] وَالْأَطْرَافِ عَلَى خِلَافٍ فِيهَا، وَالنَّسَبِ وَالْمَوْتِ وَالْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ وَشِبْهِ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْوَكَالَةُ وَالْوَصِيَّةُ[٤] عِنْدَ أَشْهَبَ وَعَبْدِ الْمَلِكِ، وَشَرْطُ ذَلِكَ كُلِّهِ التَّعَدُّدُ وَالذُّكُورِيَّةُ. اهـ. عَلَى نَقْلِ الشَّارِحِ.

فَهَذِهِ تِسْعَ عَشْرَةَ مَسْأَلَةً مِمَّا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِعَدْلَيْنِ، وَمِثْلُهَا لِابْنِ الْحَاجِبِ.

وَفِي الْبَابِ الثَّانِي مِنْ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونَ مَا نَصُّهُ: الْبَابُ الثَّانِي فِي الْقَضَاءِ بِشَاهِدَيْنِ لَا يُجْزِئُ غَيْرُهُمَا، وَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ وَالتَّمْلِيكِ وَالْمُبَارَاةِ وَالْعِتْقِ وَالْإِسْلَامِ وَالرِّدَّةِ وَالنَّسَبِ وَالْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْبُلُوغِ وَالْعِدَّةِ وَالْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَالشُّرْبِ وَالْقَذْفِ وَالْحِرَابَةِ وَالشَّرِكَةِ وَالْآجَالِ وَالْأَحْصَالِ وَقَتْلِ الْعَمْدِ، وَكَذَلِكَ الْوَكَالَةُ وَالْوَصِيَّةُ عِنْدَ أَشْهَبَ، فَهَذِهِ الْأَحْكَامُ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ذَكَرَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ، قَالَهُ ابْنُ رُشْدٍ وَغَيْرُهُ. اهـ[٥].

وَانْظُرْ عِدَّةَ الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ مَعَ أَنَّهُمَا دَاخِلَانِ فِي الطَّلَاقِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ وَالِافْتِدَاءِ أَنَّ الْمُبَارَاةَ أَنْ تَقُولَ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ: خُذْ مَا أَعْطَيْتَنِي وَاتْرُكْنِي، وَالْخُلْعَ بِأَنْ تَخْتَلِعَ بِكُلِّ الَّذِي لَهَا، وَالِافْتِدَاءَ أَنْ تَفْتَدِيَ بِبَعْضٍ وَتُمْسِكَ بَعْضًا، قَالَهُ فِي الْمُقَرَّبِ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ -سَمَحَ اللهُ لَهُ-: وَقَدْ كُنْت نَظَمْتُ هَذِهِ النَّظَائِرَ فِي أَبْيَاتٍ تَقْرِيبًا لِلْحِفْظِ فَقُلْت:

=امرأتان بأنها دخلت في الحيضة الثالثة وقد طلقت بطهر أو في الرابعة إن طلقت بحيض فيحلف ويبرأ من النفقة على ما يظهر مما تقدم وما يأتي هنا. انظر: حاشية المعداني على الإتقان والإحكام ١/١١١.

(١) وهذا خلاف المذهب، فإن جرح الخطأ يكفي فيه الشاهد واليمين ولا إشكال، وكذا جرح العمد وهو قول صاحب المختصر أو قصاص في جرح أي فإنه يكفي فيه الشاهد واليمين؛ ولذلك قال أيضًا: وجرح خطأ وهذا مبين في شروح المختصر. انظر: حاشية المعداني على الإتقان والإحكام ١/١١١.

(٢) قال ابن القاسم: لا تجوز شهادتهن -أي النساء- على العفو من الدم؛ لأن شهادتهن لا تجوز في دم العمد، فكذلك لا تجوز في العفو عن الدم. انظر: المدونة ٤/٢٥، ٦٧٣.

(٣) قال خليل في المختصر ص ٢٣٦: ومَن أقام شاهدًا على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية.

(٤) قال ابن الحاجب في جامع الأمهات ٤٧٥: وكذلك الوكالة بالمال والوصية به على المشهور. أي في كونها لا يشترط فيها عدلان ذكران.

(٥) تبصرة الحكام ٢/٣١٩.

وَشَاهِدَانِ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ ... وَالْخُلْعِ وَالْإِبْرَاءِ وَتَمْلِيكِ عَتَاقِ

وَرِدَّةِ إِسْلَامِ أَوْ بُلُوغِ أَوْ ... عِدَّةٍ أَوْ جُرْحٍ وَتَعْدِيلٍ حَكَوْا

وَنَسَبٍ كِتَابَةٍ تَدْبِيرِ مَعْ ... شُرْبٍ وَقَذْفٍ وَحِرَابَةٍ تَبعْ

وَأَجَلٍ مَعَ قَتْلِ عَمْدٍ شِرْكَةِ ... إِحْصَالِ التَّوْكِيلِ وَالْوَصِيَّةِ

عَفْوِ الْقِصَاصِ وَثُبُوتِهِ الْوَلَا ... وَرَجْعَةٍ مَوْتٍ كَذَاكَ نَقَلاَ

نَجْلُ الْحَاجِبِ وَفَرْحُونٍ لَدَى ... تَبْصِرَةٍ بِثَانِ قِسْمٍ قَدْ بَدَا

التَّنْبِيهُ الثَّالِثُ: شَمِلَ قَوْلُهُ: وَرَجُلٌ بِامْرَأَتَيْنِ يُعْتَضَدْ الْبَيْتَ ثَلاَثَةَ أَنْوَاعٍ:

الْأَوَّلُ: الشَّهَادَةُ عَلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَكِنَّهُ يَئُولُ إِلَى الْمَالِ، وَيَظْهَرُ أَنَّ هَذَا هُوَ مَنْطُوقُ الْبَيْتِ الْمَذْكُورِ.

الثَّانِي: عَكْسُهُ وَهُوَ الشَّهَادَةُ عَلَى الْمَالِ، وَلَكِنَّهُ يَئُولُ إِلَى غَيْرِ الْمَالِ، وَكَانَ دُخُولُ هَذَا النَّوْعِ فِي كَلاَمِ النَّاظِمِ مِنْ بَابِ لَا فَارِقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا قَبْلَهُ.

الثَّالِثُ: الشَّهَادَةُ عَلَى الْمَالِ الْمَحْضِ، وَدُخُولِهِ فِي النَّوْعِ الْأَوَّلِ الْمُصَرَّحِ بِهِ فِي النَّظْمِ مِنْ بَابِ أَوْلَى؛ إِذْ هُوَ أَخَفُّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَمِثَالُ الْأَوَّلِ: الْوَكَالَةُ، وَنَقْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى مَنْ شَهِدَ بِمَالٍ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى خَطِّ الْقَاضِي إِذَا كَانَ مُضَمَّنُهُ مَالًا، وَعَلَى النِّكَاحِ بَعْدَ مَوْتِ الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ، أَوْ عَلَى مَيِّتٍ أَنَّ فُلاَنًا أَعْتَقَهُ، أَوْ عَلَى نِسْبَةٍ أَنَّهُ ابْنُ فُلاَنٍ، أَوْ أَخُوهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ وَارِثٌ ثَابِتُ النَّسَبِ.

قَالَ الشَّارِحُ: فَأَجْرَاهَا ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَى حُكْمِ الشَّاهِدِ عَلَى الْمَالِ لَمَّا كَانَ الْمُسْتَحَقُّ بِهَا مَالًا، وَأَبْقَاهَا أَشْهَبُ وَعَبْدُ الْمَلِكِ عَلَى الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ عَلَى مَالٍ كَالنِّكَاحِ وَشِبْهِهِ اهـ. وَعَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ ذَهَبَ النَّاظِمُ.

وَمِثَالُ الثَّانِي: لَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ دَفَعَ كِتَابَتَهُ لِسَيِّدِهِ، أَوْ شَهِدُوا لِرَجُلٍ أَنَّهُ بَاعَ أَمَتَهُ مِنِ ابْنِهَا أَوْ زَوْجِهَا جَازَتِ الشَّهَادَةُ، وَعَتَقَ الْمُكَاتَبُ وَالْأَمَةُ عَلَى ابْنِهَا وَوَقَعَ الْفِرَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ. اهـ.

قُلْت: وَلَا يَبْعُدُ تَخْرِيجُ الْخِلاَفِ فِي هَذَا النَّوْعِ مِنَ الَّذِي قَبْلَهُ؛ إِذْ هُمَا مِنْ قَاعِدَةٍ

وَاحِدَةٍ، وَهِيَ هَلْ يُنْظَرُ إِلَى الْحَالِ أَوْ إِلَى الْمَآلِ، وَلِلْمَسْأَلَةِ نَظَائِرُ.

وَمِثَالُ الثَّالِثِ: الْبَيْعُ كَانَ عَلَى النَّقْدِ أَوْ الْأَجَلِ وَالْقَرْضِ، أَوْ الْقِرَاضُ والْوَدِيعَةُ وَالْإِجَارَةُ وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ، وَدِيَةُ الْخَطَأِ وَالْعَمْدِ إِذَا كَانَ لَا قَوَدَ فِيهِ.

الرَّابِعُ: دَخَلَ فِي قَوْلِهِ: «وَفِي اثْنَتَيْنِ حَيْثُ...» الْبَيْتَ. كُلُّ مَا يَنْفَرِدُ النِّسَاءُ بِحُضُورِهِ دُونَ الرِّجَالِ، وَذَلِكَ مِثْلُ: الْحَيْضِ وَالرَّضَاعِ وَالِاسْتِهْلَالِ وَالْوِلَادَةِ وَعُيُوبِ الْفَرْجِ، فَتَثْبُتُ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ بِامْرَأَتَيْنِ عَدْلَتَيْنِ.

قَالَ فِي الرِّسَالَةِ: وَشَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ فَقَطْ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ مِنْ الْوِلَادَةِ وَالِاسْتِهْلَالِ وَشِبْهِ ذَلِكَ جَائِزَةٌ، وَاخْتُلِفَ فِي شَهَادَتِهِمَا عَلَى كَوْنِ الْمَوْلُودِ ابْنًا، وَلَمْ يَتَعَذَّرْ تَأْخِيرُهُ لِشَهَادَةِ الرِّجَالِ، كَمَا اُخْتُلِفَ أَيْضًا فِي إِرْخَاءِ السِّتْرِ، هَلْ هُوَ مِمَّا يَخْتَصُّ بِهِ النِّسَاءُ أَمْ لَا؟

وَوَاحِدٌ يُجْزِئُ فِي بَابِ الْخَبَرِ   وَاثْنَانِ أَوْلَى عِنْدَ كُلِّ ذِي نَظَرْ

هَذَا هُوَ النَّوْعُ الْخَامِسُ، مِمَّا دَخَلَ تَحْتَ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ، وَهُوَ مِمَّا يُوجِبُ الْحَقَّ بِلاَ يَمِينٍ، وَهُوَ خَبَرُ الْمُخْبِرِ وَذَلِكَ كَالْقَائِفِ، وَالْمُوَجَّهِ مِنْ قِبَلِ الْقَاضِي لِلتَّحْلِيفِ وَالْحِيَازَةِ وَمَا أَشْبَهَهُ، وَفِي عَدِّهِ مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ مُسَامَحَةٌ؛ إِذْ هُوَ مِنْ بَابِ الْخَبَرِ، وَهُوَ مُغَايِرٌ لِلشَّهَادَةِ فِي حُكْمِهِ لِكَوْنِهِ يَكْفِي فِيهِ الْوَاحِدُ، وَالشَّهَادَةُ يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّعَدُّدُ، وَوَجْهُ إِدْخَالِ النَّاظِمِ لَهُ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ، وَخُصُوصًا فِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مِنْهَا كَوْنُهُ مِثْلَهَا يُوجِبُ الْحَقَّ بِلاَ يَمِينٍ، مَعَ اسْتِحْبَابِ التَّعَدُّدِ فِيهِ؛ لِقَوْلِهِ: «وَاثْنَانِ أَوْلَى عِنْدَ كُلِّ ذِي نَظَرْ». فَدَخَلَ بِهَذَا الِاعْتِبَارِ مَعَ أَقْسَامِ سَائِرِ الْبَابِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: الْقِيَاسُ عَلَى أُصُولِهِمْ أَنْ يُحْكَمَ بِقَوْلِ الْقَائِفِ الْوَاحِدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا؛ لِأَنَّهُ عِلْمٌ يُؤَدِّيهِ وَلَيْسَ مِنْ طَرِيقِ الشَّهَادَةِ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ الطَّبِيبِ فِيمَا يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ مِنْ نَاحِيَةِ الطِّبِّ، كَالْعُيُوبِ وَالْجِرَاحَاتِ، فَاشْتِرَاطُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيهِ الْعَدَالَةَ اسْتِحْسَانٌ. اهـ[1].

قَالَ الشَّارِحُ: وَالْقِيَاسُ عَلَى أُصُولِهِمْ أَنْ يُحْكَمَ بِقَوْلِ الْقَائِفِ الْوَاحِدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا مَعَ أَنَّ ظَاهِرَ الرِّوَايَاتِ اشْتِرَاطُ الْعَدَالَةِ، وَالَّذِي يَتَّضِحُ أَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطٌ فِيمَنْ يُقْبَلُ

---

(١) البيان والتحصيل ١٠/١٢٦.

قَوْلُهُ مِنْ شَاهِدٍ أَوْ مُؤَدِّي خَبَرٍ، قَائِفًا كَانَ أَوْ طَبِيبًا أَوْ سِوَاهُمَا، فَإِذَا وُجِدَتْ الْعَدَالَةُ فَلاَ مَعْدِلَ عَنْهَا، وَإِنْ لَمْ تُوجَدْ فَإِنَّ الْمُلاَئِمَ بِتَصَرُّفَاتِ الشَّرْعِ، أَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ الَّتِي هِيَ تَكْمِيلٌ لِلْمَشْرُوطِ إِذَا أُعْذِرَتْ بِالْجُمْلَةِ حَتَّى يَعُودَ اشْتِرَاطُهَا عَلَى أَصْلِهَا بِالْإِبْطَالِ، فَإِنَّهَا تُلْغَى حِينَئِذٍ، كَمَا يُقَالُ: إِنَّ الذَّكَاةَ شَرْطٌ فِي حِلِّيَّةِ الْمَأْكُولِ، فَإِذَا أُضْطُرَّ الْمُكَلَّفُ لَمْ يُعْتَبَرْ هَذَا الشَّرْطُ، وَكَذَلِكَ سَتْرُ الْعَوْرَةِ فِي الصَّلاَةِ، وَعَدَمُ الْمَاءِ فِي التَّيَمُّمِ عَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَفِي كَلاَمِ الشَّيْخِ أَبِي إِسْحَاقَ الشَّاطِبِيِّ أَنَّهُ لَوْ فُرِضَ ارْتِفَاعُ الْعَدَالَةِ جُمْلَةً لَكَانَ أَمْثَلَ مَنْ يُوجَدُ هُوَ الْعَدْلُ. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

وَبِشَهَادَةٍ مِنَ الصِّبْيَانِ فِي ... جُرْحٍ وَقَتْلٍ بَيْنَهُمْ قَدْ اُكْتُفِيَ

وَشَرْطُهَا التَّمْيِيزُ وَالذُّكُورَهْ ... وَالِاتِّفَاقُ فِي وُقُوعِ الصُّورَهْ

مِنْ قَبْلِ أَنْ يَفْتَرِقُوا أَوْ يَدْخُلاَ ... فِيهِمْ كَبِيرٌ خَوْفَ أَنْ يُبَدِّلاَ

هَذَا هُوَ النَّوْعُ السَّادِسُ مِنْ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ، وَهُوَ مَا يُوجِبُ الْحَقَّ بِلاَ يَمِينٍ، وَهُوَ شَهَادَةُ الصِّبْيَانِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فِيمَا يَقَعُ بَيْنَهُمْ مِنْ الْجِرَاحِ وَالْقَتْلِ، فَيَجُوزُ وَيُكْتَفَى مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُمَيِّزِ مِنْ الصِّبْيَانِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الدِّمَاءِ خَاصَّةً، وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ[(١)]. وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ[(٢)]: هِيَ السُّنَّةُ وَمَا أَدْرَكْتُ الْقُضَاةَ إِلَّا وَهُمْ يَحْكُمُونَ بِهَا، بِخِلاَفِ النِّسَاءِ فِي الْمَآتِمِ وَالْأَعْرَاسِ عَلَى الْأَصَحِّ[(٣)].

التَّوْضِيحُ: أَيْ فَلاَ تُقْبَلُ، وَالْأَصَحُّ لِمَالِكٍ وَمُقَابِلُهُ فِي الْجَلاَّبِ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ، وَأُلْحِقَ بِالْأَعْرَاسِ الْحَمَّامُ، وَالْفَرْقُ عَلَى الْمَشْهُورِ أَنَّ شَهَادَةَ الصِّبْيَانِ عَلَى خِلاَفِ الْأَصْلِ، فَلاَ يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَيْهَا. اهـ[(٤)].

---

(١) جامع الأمهات ٤٦٩.

(٢) عبد الله بن عبيدالله بن أبي مليكة التيمي المكي، قاض، من رجال الحديث الثقات، ولاه ابن الزبير قضاء الطائف، توفي سنة ١١٧ هـ. انظر: تهذيب التهذيب ٥/٣٠٦، وطبقات خليفة ٢٥٧، وتاريخ البخاري ٥/١٣٧، وتهذيب الكمال ٧٠٨، وتذكرة الحفاظ ١/١٠١، وتذهيب التهذيب ٢/١٤٦، والنجوم الزاهرة ١/٢٧٦، وطبقات الحفاظ ٤١، وخلاصة تذهيب الكمال ٢٠٥، وشذرات الذهب ١/١٥٣.

(٣) جامع الأمهات ص ٤٦٩ - ٤٧٠.

(٤) التوضيح ٧/٤٧٠- ٤٧١.

وَلِقَبُولِ شَهَادَتِهِمْ شُرُوطٌ:

أَوَّلُهَا: التَّمْيِيزُ فَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُ غَيْرِ الْمُمَيِّزِ مِنْهُمْ.

الثَّانِي: الذُّكُورَةُ، فَلاَ يُقْبَلُ الْإِنَاثُ مِنْهُمْ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَهُوَ الَّذِي اعْتَمَدَ النَّاظِمُ.

الثَّالِثُ: الاتِّفَاقُ عَلَى الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ اخْتِلاَفَهُمْ فِيهَا شَاهِدٌ بِدَاخِلَةٍ دَخَلَتْ عَلَيْهِمْ فِي تَحْصِيلِهَا.

الرَّابِعُ: عَدَمُ افْتِرَاقِهِمْ؛ لِأَنَّهُ مَظِنَّةُ تَعْلِيمِهِمْ، فَإِنْ تَفَرَّقُوا لَمْ تُقْبَلْ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ الْعُدُولُ عَلَى شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمْ.

الْخَامِسُ: أَنْ لَا يَدْخُلَ بَيْنَهُمْ كَبِيرٌ وَإِنْ كَانُوا مُجْتَمِعِينَ، خَوْفَ تَبْدِيلِهِ لَهُمْ مَا كَانُوا عَمِلُوهُ، وَقَدْ اقْتَصَرَ النَّاظِمُ عَلَى هَذِهِ الشُّرُوطِ الْخَمْسَةِ.

وَزَادَ ابْنُ الْحَاجِبِ فِي الشُّرُوطِ سَادِسًا، وَهُوَ: أَنْ يَكُونُوا أَحْرَارًا[1]. فَلاَ يُقْبَلُ الْعَبِيدُ.

أَشْهَبُ: وَلَا مَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رِقٍّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَجُزْ شَهَادَةُ كِبَارِهِمْ فَأَحْرَى صِغَارُهُمْ.

وَسَابِعًا: وَهُوَ أَنْ يَكُونُوا مَحْكُومًا بِإِسْلاَمِهِمْ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلاَفًا.

ثَامِنًا: وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ مِنْهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا قِيَاسًا عَلَى الْكِبَارِ، وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَاحِدِ عِنْدَ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ، وَلَا تَكُونُ مَعَهُ قَسَامَةٌ وَلَا يَحْلِفُ فِي الْجِرَاحِ.

وَتَاسِعًا: -وَهُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ- وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ الشَّاهِدُ قَرِيبًا لِلْمَشْهُودِ لَهُ وَلَا عَدُوٌّ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ.

التَّوْضِيحُ: وَاخْتَارَ جَمَاعَةٌ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ؛ أَيْ بِأَنَّ ذَلِكَ يَقْدَحُ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا بِالْعَادَةِ مِنْ حَالِ الْأَطْفَالِ الْمَيْلَ إِلَى الْقَرِيبِ وَالْبُغْضَ لِلْعَدُوِّ[2].

وَعَاشِرًا: وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الشَّهَادَةُ مِنْ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، فَلاَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ لِصَغِيرٍ عَلَى كَبِيرٍ وَلَا بِالْعَكْسِ، خِلاَفًا لِابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَيُفْهَمُ هَذَا الشَّرْطُ مِنْ قَوْلِ النَّاظِمِ: «بَيْنَهُمْ».

قَوْلُهُ: «وَبِشَهَادَةٍ» يَتَعَلَّقُ بِـ «اكْتُفِيَ»، وَ«مِنْ الصِّبْيَانِ» يَتَعَلَّقُ بِمَحْذُوفٍ صِفَةٌ لِشَهَادَةٍ،

---

(١) جامع الأمهات ٤٧٠.

(٢) التوضيح ٧/٤٧٣.

وَ«فِي جُرْحٍ» يَتَعَلَّقُ «بِشَهَادَةٍ»، وَ«بَيْنَهُمْ» يَتَعَلَّقُ بِمَحْذُوفٍ صِفَةٌ لِـ«جُرْحٍ وَقَتْلٍ».

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُمْ وَلَا تَجْرِيحُهُمْ[١].

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُمْ عَمَّا شَهِدُوا بِهِ، وَلَوْ كَانَ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا شَهِدُوا بِهِ أَوَّلًا هُوَ الْحَقُّ الْوَاقِعُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَمِنَ التَّعْلِيمِ، وَأَمَّا تَجْرِيحُهُمْ فَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: لَمْ يُخْتَلَفْ أَنَّهُ لَا يُنْظَرُ إِلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ رَأْسَ أَوْصَافِ الْعَدَالَةِ عَدَمٌ مِنْهُمْ وَهُوَ الْبُلُوغُ. اهـ[٢].

وَإِلَى الْمَسْأَلَةِ بِرُمَّتِهَا أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: إِلَّا الصِّبْيَانَ لَا نِسَاءَ[٣]. فِي كَعُرْسٍ فِي جُرْحٍ أَوْ قَتْلٍ، وَالشَّاهِدُ حُرٌّ مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ تَعَدَّدَ لَيْسَ بِعَدُوٍّ وَلَا قَرِيبٍ، وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ وَفُرْقَةَ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِمْ قَبْلَهَا وَلَمْ يُحْضِرْ كَبِيرًا وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ أَوَّلُهُ، وَلَا يُقْدَحُ رُجُوعُهُمْ وَلَا تَجْرِيحُهُمْ.

---

(١) جامع الأمهات ٤٧٠.

(٢) التوضيح ٧/٤٧٣.

(٣) مختصر خليل ٢٢٣.

فصل

ثَانِيَـةٌ تُوجِـبُ حَقًّـا مَـعَ قَـسَمْ فِي الـمَالِ أَوْ مَـا آلَ لِلْـمَالِ تُـؤَمْ

شَـهَادَةُ الْعَـدْلِ لِمَـنْ أَقَامَـهْ وَامْرَأَتَـانِ قَامَتَـا مَقَامَـهْ

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّانِي مِنْ أَقْسَام الشَّهَادَةِ الْخَمْسَةِ، وَهِيَ الشَّهَادَةُ الَّتِي تُوجِبُ الْحَقَّ مَعَ الْيَمِينِ، وَتَحْتَ هَذَا الْقِسْمِ أَرْبَعُ أَنْوَاعٍ:

الْأَوَّلُ: شَهَادَةُ الْعَدْلِ الْوَاحِدِ.

وَالثَّانِي: شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ إِذَا عُدِّلَتَا، وَعَلَى هَذَيْنِ النَّوْعَيْنِ نَبَّهَ بِقَوْلِ: «شَهَادَةِ الْعَدْلِ...» الْبَيْتَ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: فِي قَوْلِهِ: وَهَا هُنَا عَنْ شَاهِدٍ قَدْ يُغْنِي الْأَبْيَاتَ الثَّلَاثَةَ.

وَالرَّابِعُ: فِي قَوْلِهِ: «وَغَالِبُ الظَّنِّ...» الْبَيْتَ. فَإِذَا شَهِدَ عَدْلٌ وَاحِدٌ فِي الـمَالِ أَوْ فِي غَيْرِ الـمَالِ وَلَكِنَّهُ يَئُولُ إِلَى الـمَالِ، وَحَلَفَ الطَّالِبُ مَعَ الْعَدْلِ؛ فَإِنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ أَمْثِلَةُ ذَلِكَ فِي التَّنْبِيهِ الثَّالِثِ، إِلَّا أَنَّ الْكَلَامَ ثَمَّةَ أَنْسَبُ لِكَوْنِهِ ثَبَتَ بِالْعَدْلَيْنِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ، وَهُنَا لِكَوْنِهَا ثَبَتَتْ بِعَدْلٍ وَاحِدٍ مَعَ الْيَمِينِ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَ الْعَدْلِ، وَهُوَ امْرَأَتَانِ مَعَ الْيَمِينِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ أَوْ عَدْلٌ بِمَا ذُكِرَ وَحَلَفَ الطَّالِبُ؛ فَإِنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ أَيْضًا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَالْحُكْمُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ فِي الْمَذْهَبِ الـمَالِكِيِّ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَفِي خَارِجِ الْمَذْهَبِ خِلَافٌ وَلَا دَاعِيَ لِنَقْلِهِ، ثُمَّ نُقِلَ عَنْ ابْنِ يُونُسَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ فِي الْأَمْوَالِ دُونَ الْعِتْقِ وَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْحُدُودِ وَالْعَقْلِ.

وَفِي الْمُقَرَّبِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِنْ شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لِهَذَا الرَّجُلِ بِكَذَا، حَلَفَ مَعَ شَهَادَتِهِمَا، وَاسْتَحَقَّ الْوَصِيَّةَ إِنْ لَمْ يَشْهَدْ مَعَهُمَا رَجُلٌ، وَشَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ وَمِائَةِ امْرَأَةٍ فِي هَذَا سَوَاءٌ، وَفِيهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِنْ شَهِدَتَا لِعَبْدٍ أَوْ امْرَأَةٍ بِمَالٍ لَهُمَا عَلَى رَجُلٍ حَلَفَ مَعَ شَهَادَتِهِمَا، وَإِنْ شَهِدَتَا لِصَبِيٍّ لَمْ يَحْلِفْ حَتَّى يَكْبُرَ.

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: إِنَّ الْيَمِينَ مَعَ الشَّاهِدِ فِي الْحُقُوقِ الـمَالِيَّةِ كَشَاهِدَيْنِ[1].

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٩٦.

وَفِي المُوَطَّأ: قَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ[١].

وَمِنَ المُدَوَّنَةِ قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ أَقَامَ شَاهِدًا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ تَكَفَّلَ لَهُ بِمَا عَلَى فُلَانٍ حَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ، وَاسْتَحَقَّ الْكَفَالَةَ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالمَالِ إِنَّمَا هِيَ مَالٌ، مِثْلُ الْجُرْحِ الَّذِي لَا قِصَاصَ فِيهِ إِنَّمَا هُوَ مَالٌ.

(فَرْعٌ) وَيَتَحَاصَصُ مَنْ قُضِيَ لَهُ فِي دَيْنِهِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ مَعَ مَنْ قُضِيَ لَهُ بِشَاهِدَيْنِ.

(فَرْعٌ) مَنْ لَهُ حَقَّانِ فِي كِتَابَيْنِ قَامَ لَهُ بِكُلِّ حَقٍّ شَاهِدٌ، فَلَيْسَ نُكُولُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا يُسْقِطُ حَقَّهُ فِي الْآخَرِ.

(فَرْعٌ) فِي سَمَاعِ عِيسَى عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: مَنْ أَقَامَ شَاهِدًا عَلَى أَنَّ الْقَاضِيَ قَدْ قَضَى لَهُ، فَلَا يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدٍ، وَلَا يَجُوزُ فِي ذَلِكَ إِلَّا الشَّاهِدَانِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَجْهِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى قَضَاءِ الْقَاضِي شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ. اهـ[٢]. وَلَعَلَّ وَجْهَ ذَلِكَ أَنَّ مُسْتَنَدَ حُكْمِ الْقَاضِي هُوَ شَهَادَةُ الشُّهُودِ، فَالشَّهَادَةُ عَلَى الْحُكْمِ شَهَادَةٌ عَلَى مُسْتَنَدِهِ.

(تَنْبِيهٌ) قَالَ الشَّارِحُ: نَقَصَ النَّاظِمُ مِمَّا عَدَّهُ الْجُزَيْرِيُّ وَالْمُتَيْطِيُّ تَحْتَ هَذَا الْقِسْمِ شَهَادَةَ غَيْرِ الْعَدْلِ فِي إِجَابَةِ الْقَسَامَةِ مِمَّا فِي رِوَايَةِ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ، وَالْجَوَابُ أَنَّهُ اكْتَفَى بِذِكْرِ ذَلِكَ فِي أَحْكَامِ الدِّمَاءِ، فَأَغْنَاهُ ذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ هُنَا قَصْدًا لِلِاخْتِصَارِ. اهـ.

يَعْنِي ذَكَرَهُ فِي قَوْلِهِ: وَمَالِكٌ فِيمَا رَوَاهُ أَشْهَبُ قَسَامَةٌ بِغَيْرِ عَدْلٍ يُوجِبُ، وَفِي هَذَا الْجَوَابِ مَا لَا يَخْفَى؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ فِي هَذَا المَحَلِّ جَمْعُ النَّظَائِرِ، وَهِيَ أَوْجُهُ لِلشَّهَادَةِ الَّتِي يَثْبُتُ بِهَا الْحَقُّ مَعَ الْيَمِينِ، فَعَدَمُ ذِكْرِ بَعْضِهَا فِي هَذَا المَحَلِّ -وَإِنْ ذُكِرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ- يُفِيتُ المَقْصُودَ المَذْكُورَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ أَجَابَ بِكَوْنِهِ عَلَى غَيْرِ المَشْهُورِ لَكَانَ أَقْرَبَ عَلَى أَنَّ جَمْعَ النَّظَائِرِ لَا يُقْتَصَرُ فِيهِ عَلَى المَشْهُورِ.

وَهَا هُنَا عَنْ شَاهِدٍ قَدْ يُغْنِي	إِرْخَاءُ سِتْرٍ وَاحْتِيَازُ رَهْنِ
وَالْيَدُ مَعَ مُجَرَّدِ الدَّعْوَى أَوَانْ	تَكَافَأَتْ بَيِّنَتَانِ فَاسْتَبِنْ
وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ يَأْبَى الْقَسَمَا	وَفِي سِوَى ذَلِكَ خُلْفٌ عُلِمَا

(١) موطأ مالك (كتاب: الأقضية/باب: القضاء باليمين/حديث رقم: ١٤٢٨).

(٢) البيان والتحصيل ١٠/٤٣.

وَلَا يَمِينَ مَعَ نُكُولِ المُدَّعِي ... بَعْدُ وَيُقْضَى بِسُقُوطِ مَا ادُّعِيَ

هَذَا هُوَ النَّوْعُ الثَّالِثُ مِنْ الْأَنْوَاعِ الْأَرْبَعَةِ المُنْدَرِجَةِ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ، وَهُوَ الَّذِي يُوجِبُ الْحَقَّ مَعَ الْيَمِينِ، وَهُوَ الشَّاهِدُ الْعُرْفِيُّ، وَمُثِّلَ لَهُ بِأَمْثِلَةٍ خَمْسَةٍ:

الْأَوَّلُ: إِرْخَاءُ السِّتْرِ، وَالمُرَادُ بِهِ إِذَا خَلَا الزَّوْجُ بِزَوْجَتِهِ خَلْوَةَ اهْتِدَاءٍ؛ أَيْ خُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، فَادَّعَتْ المَسِيسَ وَأَنْكَرَهُ، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا وَلَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَ الزَّوْجِ وَزَوْجَتِهِ هُوَ مُرَادُ عُلَمَائِنَا بِإِرْخَاءِ السُّتُورِ، وَلَيْسَ المُرَادُ إِرْخَاءَ سِتْرٍ وَلَا إِغْلَاقَ بَابٍ، قَالَهُ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ، ثُمَّ قَالَ فِي تَوْجِيهِ كَوْنِ الْقَوْلِ قَوْلَ المَرْأَةِ: لِأَنَّ الْحَامِلَ عَلَى الْوَطْءِ أَمْرٌ جِبِلِّيٌّ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا خَلَا بِامْرَأَتِهِ أَوَّلَ خَلْوَةٍ، مَعَ الْحِرْصِ عَلَيْهَا وَالتَّشَوُّفِ إِلَيْهَا، قَلَّ مَا يُفَارِقُهَا قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَيْهَا. اهـ.

فَإِرْخَاءُ السِّتْرِ قَائِمٌ لِلزَّوْجَةِ فِي دَعْوَى المَسِيسِ مَقَامَ الشَّاهِدِ، فَتَحْلِفُ مَعَهُ وَتَسْتَحِقُّ الصَّدَاقَ كَامِلاً، وَلَا فَرْقَ عَلَى المَشْهُورِ فِي كَوْنِ الْقَوْلِ قَوْلَهَا بَيْنَ أَنْ يَقُومَ بِهَا مَانِعٌ شَرْعِيٌّ، كَأَنْ تَكُونَ مُحْرِمَةً بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ أَوْ تَكُونَ حَائِضًا أَوْ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ أَوْ لَا.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَرَأَى بَعْضُهُمْ أَنَّهَا لَا تُصَدَّقُ مَعَ المَانِعِ الشَّرْعِيِّ إِلَّا عَلَى مَنْ يَلِيقُ بِهِ ذَلِكَ، وَأَمَّا الصَّالِحُ فَلَا.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَكَذَلِكَ المَغْصُوبَةُ تَحْمِلُ بِبَيِّنَةٍ وَتَدَّعِي الْوَطْءَ، لَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً وَلَا حَدَّ عَلَيْهَا[1].

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: لَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً بِيَمِينٍ، قَالَهُ فِي الْوَاضِحَةِ، وَعَنْ مَالِكٍ فِي الَّتِي تَعَلَّقَتْ بِرَجُلٍ وَهِيَ تَرَى أَنَّ لَهَا الصَّدَاقَ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَاسْتَحْسَنَهُ اللَّخْمِيُّ، وَاخْتَارَ ابْنُ يُونُسَ وَغَيْرُهُ الْأَوَّلَ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ الصَّدَاقُ وَلَمْ يَثْبُتْ الْحَدُّ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ لِإِثْبَاتِ الْحُقُوقِ المَالِيَّةِ طَرِيقًا غَيْرَ طَرِيقِ إِثْبَاتِ الزِّنَا، وَيَكْفِي فِي الْبَيِّنَةِ الَّتِي تَشْهَدُ بِاحْتِمَالِ المَغْصُوبَةِ اثْنَانِ. اهـ[2].

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨١.

(٢) التوضيح ٤/٢١٧.

المِثَالُ الثَّانِي: مِنْ أَمْثَالِ الشَّاهِدِ الْعُرْفِيِّ حَوْزُ الْمُرْتَهِنِ لِلرَّهْنِ، فَإِنَّهُ كَالشَّاهِدِ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ، فَيَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ وَيَكُونُ لَهُ مَا قَالَ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فِي مَبْلَغِ الدَّيْنِ، فَالرَّهْنُ كَشَاهِدٍ لِلْمُرْتَهِنِ إِذَا حَازَهُ وَثِيقَةً، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْحُكْمِ وَالتَّدَاعِي لَا يَوْمَ التَّرَاهُنِ مِثْلَ دَعْوَى الْمُرْتَهِنِ فَأَكْثَرَ؛ صُدِّقَ الْمُرْتَهِنُ مَعَ يَمِينِهِ[(١)].

قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ يُسَاوِي مَا قَالَ الرَّاهِنُ فَأَقَلَّ، لَمْ يَحْلِفْ إِلَّا الرَّاهِنُ وَحْدَهُ. اهـ[(٢)].

المِثَالُ الثَّالِثُ: لِلشَّاهِدِ الْعُرْفِيِّ الْيَدُ مَعَ مُجَرَّدِ الدَّعْوَى؛ أَيْ: الْحَوْزُ مِنْ غَيْرِ مُعَارِضٍ لَهُ، أَوْ الْحَوْزُ مَعَ تَكَافُؤِ الْبَيِّنَتَيْنِ، كَمَنْ كَانَ حَائِزَ الدَّارِ مَثَلاً، يَتَصَرَّفُ فِيهَا تَصَرُّفَ الْمَالِكِ فِي مِلْكِهِ، فَقَامَ عَلَيْهِ مَنْ ادَّعَى مِلْكِيَّتَهَا وَلَا بَيِّنَةَ لِهَذَا الْقَائِمِ، أَوْ أَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً، فَتَسَاقَطَتْ الْبَيِّنَتَانِ عِنْدَ الْمُسَاوَاةِ وَتَصِيرَانِ كَالْعَدَمِ، وَيَزِيدُ الْحَائِزُ بِحَوْزِهِ، فَيَصِيرُ الْحَوْزُ لَهُ كَالشَّاهِدِ، فَيَحْلِفُ مَعَهُ وَيُسْتَحَقُّ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْيَدُ مُرَجِّحَةٌ عِنْدَ التَّسَاوِي مَعَ الْيَمِينِ عَلَى الْمَشْهُورِ[(٣)].

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي إِذَا تَعَارَضَتْ الْبَيِّنَتَانِ وَتَسَاوَتَا، فَإِنَّهُمَا يَسْقُطَانِ وَيَبْقَى الشَّيْءُ بِيَدِ حَائِزِهِ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ. اهـ[(٤)].

وَفِي الشَّارِحِ: قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَإِذَا تَكَافَأَتْ الْبَيِّنَتَانِ سَقَطَتَا، وَيَبْقَى الشَّيْءُ بِيَدِ حَائِزٍ، وَيَحْلِفُ وَإِنَّمَا يَحْلِفُ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ لَمَّا سَقَطَتَا كَأَنَّهُمَا لَمْ يَكُونَا، وَبَقِيَتْ الدَّعْوَى، فَوَجَبَ عَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ».

هُوَ إِلَى هَذَا الْمِثَالِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالْيَدُ مَعَ مُجَرَّدِ الدَّعْوَى...» الْبَيْتَ. فَلَفْظُ الْبَيْتِ وَإِنْ شَمِلَ صُورَتَيْنِ فَهُمَا فِي الْمَعْنَى صُورَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَكَافَأَتْ بَيِّنَةُ الْقَائِمِ وَالْحَائِزِ يَتَسَاقَطَانِ وَيَصِيرَانِ كَالْعَدَمِ، فَتَؤَوَّلُ ثَانِيَةُ الصُّورَتَيْنِ إِلَى أُولَاهَا، فَقَوْلُهُ: «أَوَ أَنْ تَكَافَأَتْ»

---

(١) المدونة ٤/ ١٤٥.

(٢) التاج والإكليل ٥/ ٣٠.

(٣) جامع الأمهات ٤٨٧.

(٤) التوضيح ٨/ ١٠.

أَنْ المَفْتُوحَةُ الْهَمْزَةِ مَصْدَرِيَّةٌ، وَالمَصْدَرُ المُنْسَبِكُ مِنْهَا وَمِنْ مَدْخُولِهَا مَعْطُوفٌ عَلَى «مُجَرَّدِ» أَيْ «مُجَرَّدِ الدَّعْوَى» أَوْ مَعَ تَكَافُؤِ الْبَيِّنَتَيْنِ، وَيُقْرَأُ بِنَقْلِ حَرَكَةِ الْهَمْزَةِ إِلَى الْوَاوِ قَبْلَهَا، فَتَكُونُ الْوَاوُ مَفْتُوحَةً.

المِثَالُ الرَّابِعُ: إِذَا عَجَزَ المُدَّعِي عَنْ الْبَيِّنَةِ، وَتَوَجَّهَتْ الْيَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ فَامْتَنَعَ مِنْهَا، فَإِنَّ امْتِنَاعَهُ وَنُكُولَهُ كَالشَّاهِدِ، فَيَحْلِفُ مَعَهُ المُدَّعِي وَيَسْتَحِقُّ، وَإِلَى هَذَا المِثَالِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ...» الْبَيْتَ. يَعْنِي: وَحَلَفَ المُدَّعِي، وَلَا بُدَّ مِنْ هَذَا الْعَقْدِ.

ابْنُ شَاسٍ: الرُّكْنُ الرَّابِعُ النُّكُولُ، وَلَا يَثْبُتُ الْحَقُّ بِهِ بِمُجَرَّدِهِ، وَلَكِنْ تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى المُدَّعِي إِذَا تَمَّ نُكُولُ المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَيَحْكُمُ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ، فَإِنْ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ أَحْلِفُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ(١).

ابْنُ الْحَاجِبِ: النُّكُولُ يَجْرِي فِيمَا يَجْرِي فِيهِ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ(٢).

وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ ابْنِ يُونُسَ قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ: قَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ: لَا يَجِبُ الْحَقُّ بِنُكُولِ المُدَّعَى عَلَيْهِ حَتَّى يَرُدَّ الْيَمِينَ عَلَى المُدَّعِي فَيَحْلِفُ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ فِي هَذَا أَهْلُ المَدِينَةِ، وَبِهِ حَكَمَ أَئِمَّتُهُمْ. اهـ.

قَوْلُهُ: «وَفِي سِوَى ذَلِكَ خُلْفٌ عُلِمَا». يَعْنِي أَنَّ سِوَى مَا ذُكِرَ مِنْ أَمْثِلَةِ الشَّاهِدِ الْعُرْفِيِّ كَمَعْرِفَةِ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ فِي اللُّقَطَةِ، وَمَنْ كَانَ لَهُ الْقَمْطُ وَالْعُقُودُ فِي الْحِيطَانِ، وَمَنْ ادَّعَى مَا يُشْبِهُ فِي الْبُيُوعِ وَسَائِرِ المُعَاوَضَاتِ، وَمَا يُعْرَفُ لِلزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ مِنْ مَتَاعِ الْبَيْتِ عِنْدَ تَنَازُعِهِمَا فِيهِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَهَذَا هُوَ المَشْهُورُ، وَأَنَّ الشَّاهِدَ الْعُرْفِيَّ يُقْضَى بِهِ مَعَ الْيَمِينِ، وَانْظُرْ مُقَابِلَ هَذَا الْقَوْلِ، هَلْ هُوَ إِلْغَاؤُهُ وَعَدَمُ اعْتِبَارِهِ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ، لَمْ أَقِفْ الْآنَ فِيهِ عَلَى شَيْءٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَالَّذِي نَقَلَ أَهْلُ الْقَوَاعِدِ أَنَّ الشَّاهِدَ الْعُرْفِيَّ، قِيلَ: هُوَ كَالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، فَيَحْلِفُ مَعَهُ وَيَسْتَحِقُّ، وَهُوَ الَّذِي عِنْدَ النَّاظِمِ هُنَا، وَقِيلَ: هُوَ كَشَاهِدَيْنِ فَيَثْبُتُ بِهِ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ، فَقَوْلُهُ: «وَلَا يَمِينَ مَعَ نُكُولٍ...» الْبَيْتَ. لَمَّا قَدَّمَ أَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ، فَإِنَّ المُدَّعِي يَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ، ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَيْتِ حُكْمَ مَا إِذَا نَكَلَ المُدَّعِي عَنْ الْيَمِينِ بَعْدَ نُكُولِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَهُوَ سُقُوطُ الدَّعْوَى، فَقَوْلُهُ: «وَلَا يَمِينَ». أَيْ: لَا يَمِينَ

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ٢٢٠.

(٢) جامع الأمهات ٤٨٥، والتاج والإكليل ٦/ ٢٢٠.

عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَعَ نُكُولِ الْمُدَّعِي الْكَائِنِ بَعْدَ نُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، بَلْ يُقْضَى بِسُقُوطِ الدَّعْوَى.

وَغَالِبُ الظَّنِّ بِهِ الشَّهَادَهْ ... بِحَيْثُ لَا يَصِحُّ قَطْعُ عَادَهْ

هَذَا هُوَ النَّوْعُ الرَّابِعُ مِمَّا انْدَرَجَ تَحْتَ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ، وَهُوَ مَا يُوجِبُ الْحَقَّ لَكِنْ مَعَ الْيَمِينِ، وَذَلِكَ حَيْثُ يَكُونُ مُسْتَنَدُ الشَّاهِدِ فِي شَهَادَتِهِ عَلَيْهِ الظَّنُّ فِي الْمَحَلِّ الَّذِي لَا يَصِحُّ الْقَطْعُ فِيهِ عَادَةً، أَوْ يَعْسُرُ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُخَالِطِ الْمُطَّلِعِ عَلَى بَاطِنِ حَالِ الْمَشْهُودِ فِيهِ، وَذَلِكَ كَالشَّهَادَةِ بِالْفَقْرِ لِمَنْ طُولِبَ بِدَيْنٍ مَعَ إِمْكَانِ أَنَّ لَهُ مَالًا أَخْفَاهُ، إِذَا رُئِيَتْ عَلَيْهِ مَخَايِلُ الْفَقْرِ، كَالصَّبْرِ عَلَى الْجُوعِ وَالْبَرْدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ ضَرَرٌ، وَكَالشَّهَادَةِ بِاسْتِمْرَارِ مِلْكِ مَنْ لَهُ مِلْكٌ ادَّعَى عَلَيْهِ تَفْوِيتَهُ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ، مَعَ إِمْكَانِ أَنْ يَكُونَ فَوْتُهُ خُفْيَةً، وَهُوَ مَا زَالَ تَحْتَ يَدَيْهِ كَمَا كَانَ، وَكَالشَّهَادَةِ بِضَرَرِ الزَّوْجِ بِزَوْجَتِهِ، إِذَا ظَهَرَتْ مَخَايِلُ مِنْ تَكَرُّرِ شَكْوَاهَا بِهِ لِلأَقَارِبِ وَالْجِيرَانِ مَعَ إِمْكَانِ كَذِبِهَا، وَأَنَّهَا تُرِيدُ فِرَاقَهُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُشْبِهُ، فَيَجُوزُ لِلشَّاهِدِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ أَنْ يَشْهَدَ، وَيَعْتَمِدُ عَلَى غَلَبَةِ الظَّنِّ، وَيَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ وَيَثْبُتُ لَهُ.

وَلَا شَكَّ أَنَّ الْقَاعِدَةَ فِي الشَّرِيعَةِ: مَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً يَثْبُتُ بِهَا الشَّيْءُ الْمُتَنَازَعُ حُكِمَ لَهُ فِيهِ بِهَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ، لَكِنَّ ذَلِكَ فِيمَا تَشْهَدُ فِيهِ الْبَيِّنَةُ بِالْقَطْعِ، أَمَّا مَا شَهِدَتْ فِيهِ بِظَاهِرِ الْحَالِ مُعْتَمِدَةً عَلَى الظَّنِّ لِتَعَذُّرِ الْقَطْعِ بِذَلِكَ أَوْ عُسْرِهِ، فَلاَ بُدَّ مِنْ يَمِينِ الطَّالِبِ اسْتِظْهَارًا عَلَى بَاطِنِ الْأَمْرِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ فِي التَّفْلِيسِ: فَإِنْ شَهِدَ بِإِعْسَارِهِ حَلَفَ[(١)]: وَانْظُرْ مَا نَصُّهُ هَذِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي يَحْلِفُ فِيهَا الْمُدَّعِي مَعَ بَيِّنَتِهِ، كَدَعْوَى الْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا الْغَائِبِ النَّفَقَةَ، وَالْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ، وَضَابِطُهُ كُلُّ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ بِظَاهِرِ الْأَمْرِ، فَيُسْتَظْهَرُ بِيَمِينِ الطَّالِبِ عَلَى بَاطِنِ الْأَمْرِ. اهـ.

وَقَالَ الشَّارِحُ: وَحَكَى الْمَازِرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ فِي الشَّهَادَةِ بِالزَّوْجِيَّةِ، إِذَا رَأَى إِنْسَانًا يَحُوزُ امْرَأَةً، وَيَشْتَمِلُ عَلَيْهَا اشْتِمَالَ الْأَزْوَاجِ فَيَشْهَدُ بِذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يُوجِبْ حِينَ التَّزْوِيجِ.

---

(١) جامع الأمهات ٣٨٣.

قَالَ المَازِرِيُّ: وَهَذَا نَوْعٌ آخَرُ كَأَنَّهُ خَارِجٌ عَنْ شَهَادَةِ السَّمَاعِ، وَإِنَّمَا يُتَطَلَّبُ فِيهِ الظَّنُّ المُزَاحِمُ لِلْعِلْمِ، وَالْقَطْعُ الْيَقِينِيُّ بِقَرَائِنِ الْأَحْوَالِ، كَمَا تَكُونُ الشَّهَادَةُ بِالْفَقْرِ لِلْفَقِيرِ، فَإِنَّ الشُّهُودَ بِفَقْرِ مَنْ طُولِبَ بِدَيْنٍ لَا يَقْطَعُونَ بِصِحَّةِ مَا شَهِدُوا بِهِ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ أَخْفَاهُ لَا يَعْلَمُ بِهِ إِلَّا اللهُ سُبْحَانَهُ، لَكِنْ إِذَا بَدَتْ قَرَائِنُ الْفَقْرِ وَالْإِعْسَارِ وَالصَّبْرِ عَلَى ضَرَرِ الْجُوعِ فِي الشَّيْءِ الَّذِي لَا يَصْبِرُ عَلَيْهِ إِلَّا الْفُقَرَاءُ، هَذَا يُدْرِكُهُ المُخَالِطُ لِلإِنْسَانِ المُطَّلِعُ عَلَى بَاطِنِ حَالِهِ، فَالتَّعْدِيلُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى قَرَائِنِ الْأَحْوَالِ.

قَالَ الْإِمَامُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّاطِبِيُّ: الْأَصْلُ فِي الشَّهَادَةِ أَنْ لَا تَكُونَ إِلَّا عَنْ قَطْعٍ لَا تَرَدُّدَ فِيهِ، لَكِنْ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فَلاَ بُدَّ مِنَ التَّنَزُّلِ إِلَى مَا دُونَ ذَلِكَ مِنَ الظَّنِّ الْغَالِبِ؛ لِأَنَّ الاِسْتِنَادَ إِلَيْهِ ضَرُورِيٌّ أَصْلُهُ شَهَادَةُ الشُّهُودِ عِنْدَ الْحَاكِمِ، فَإِنَّهَا لَا تُفِيدُ فِي الْغَالِبِ إِلَّا الظَّنَّ، وَهِيَ يُقْضَى بِهَا؛ إِذْ لَا يَتَأَتَّى غَيْرُ ذَلِكَ فِي مَجَارِي الْعَادَاتِ، فَالشَّهَادَةُ إِذَا لَمْ يَتَأَتَّ فِيهَا الْقَطْعُ وَاقْتَضَتْ المَصْلَحَةُ إِعْمَالَهَا، فَلاَ بُدَّ مِنْ ذَلِكَ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ: وَفِي عَدِّ هَذَا النَّوْعِ وَمَا قَبْلَهُ مِمَّا تَحْتَ هَذَا الْقِسْمِ مُسَامَحَةٌ، دَرَجَ عَلَيْهَا المُتَيْطِيّ، فَمَنْ دُونَهُ مِنْ أَصْحَابِ كُتُبِ الْأَحْكَامِ، وَإِيَّاهُمْ تَبِعَ الشَّيْخُ فِي ذَلِكَ.

فصل

ثَالِثَــةٌ لَا تُوجِــبُ الْحَــقَّ نَعَــمْ　　تُوجِــبُ تَوْقِيفًــا بِــهِ حَكَــمَ الْحَكَــمْ
وَهْــيَ شَــهَادَةٌ بِقَطْــعٍ ارْتُــضِيَ　　وَبَقِــيَ الْإِعْــذَارُ فِــيمَا تَقْتَــضِي
وَحَيْــثُ تَوْقِيــفٌ مِــنَ الْمَطْلُــوبِ　　فَــلَا غِنَــى عَــنْ أَجَــلٍ مَــضْرُوبِ

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّالِثُ مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ الْخَمْسِ، وَهِيَ الَّتِي تُوجِبُ الْحَقَّ لَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ كَالْقِسْمِ الْأَوَّلِ، وَلَا مَعَ الْيَمِينِ كَالْقِسْمِ الثَّانِي، وَإِنَّمَا تُوجِبُ تَوْقِيفَ الشَّيْءِ الْمُتَنَازَعِ فِيهِ، وَذَكَرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ ثَمَانِيَ مَسَائِلَ: التَّوْقِيفُ فِيمَا شَهِدَ بِهِ عَدْلَانِ، وَبَقِيَ الْإِعْذَارُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَضَرْبُ الْأَجَلِ فِيهِ، وَكَيْفِيَّتُهُ فِي الْأُصُولِ، وَتَوْقِيفُ الْأُصُولِ بِشَهَادَةِ الْعَدْلِ الْوَاحِدِ إِلَى كَمَالِ الشَّهَادَةِ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ، وَحِينَئِذٍ يَسْتَحِقُّهُ ظَاهِرًا، وَكَيْفِيَّتُهُ أَيْضًا، وَمَا يَفْعَلُ بِالْغَلَّةِ زَمَنَ الْإِيقَافِ، وَالتَّوْقِيفُ فِيمَا شَهِدَ بِهِ رَجُلَانِ يُنْظَرُ فِي تَزْكِيَتِهِمَا، وَالتَّوْقِيفُ فِيمَا يُسْرِعُ لَهُ الْفَسَادُ، إِمَّا لِلْإِعْذَارِ أَوْ لِتَزْكِيَةِ الشُّهُودِ، أَوْ لِتَكْمِيلِ نِصَابِ الشَّهَادَةِ، وَالتَّوْقِيفُ لِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عِنْدَ ظُهُورِ مَخَايِلِ الصِّدْقِ.

فَقَوْلُهُ: «وَهِيَ شَهَادَةٌ...» الْبَيْتَ. هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى مِنَ الثَّمَانِ، يَعْنِي: أَنَّ مَنْ شَهِدَ لَهُ عَدْلَانِ بِاسْتِحْقَاقِ شَيْءٍ مَثَلًا، وَبَقِيَ الْإِعْذَارُ فِيهِمَا لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَإِنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ لَا تُوجِبُ لَهُ مَا شَهِدَا لَهُ بِهِ، وَإِنَّمَا تُوجِبُ تَوْقِيفَ الشَّيْءِ الْمُتَنَازَعِ فِيهِ إِلَى أَنْ يُعْذَرَ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَحِينَئِذٍ يَسْتَحِقُّهُ الْمَشْهُودُ لَهُ، وَإِذَا وُقِفَ الشَّيْءُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنْ ضَرْبِ أَجَلٍ لِذَلِكَ لِلضَّرَرِ الَّذِي يَلْحَقُ صَاحِبَهُ، فَإِنْ تَمَّتِ الشَّهَادَةُ فِي الْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ أَخَذَهُ الْمَشْهُودُ لَهُ، وَإِلَّا بَقِيَ بِيَدِ صَاحِبِهِ، وَيَأْتِي تَفْسِيرُ التَّوْقِيفِ مَا هُوَ قَالَ فِي الْفَصْلِ الرَّابِعِ مِنَ الْقِسْمِ الْخَامِسِ مِنَ الرُّكْنِ السَّادِسِ مِنْ تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونٍ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الِاعْتِقَالَ وَالتَّوْقِيفَ لَا يَكُونَانِ بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الْخَصْمِ فِي الشَّيْءِ الْمُدَّعَى فِيهِ، وَلَا يُعْقَلُ عَلَى أَحَدٍ شَيْءٌ بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الْغَيْرِ فِيهِ حَتَّى يَنْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ سَبَبٌ يُقَوِّي الدَّعْوَى أَوْ لَطْخٌ، وَالسَّبَبُ كَالشَّاهِدِ الْعَدْلِ أَوِ الْمَرْجُوِّ تَزْكِيَتُهُ، وَاللَّطْخُ الشُّهُودُ غَيْرُ الْعُدُولِ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَالِاعْتِقَالُ فِي الرَّبْعِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

الْأَوَّلُ: عِنْدَ قِيَامِ الشُّبْهَةِ الظَّاهِرَةِ أَوْ ظُهُورِ اللَّطْخَةِ، فَيُرِيدُ الْمُدَّعِي تَوْقِيفَهُ لِيُثْبِتَهُ،

فَالتَّوْقِيفُ هُنَا بِأَنْ يَمْنَعَ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا يُفِيتُهُ كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ، أَوْ يُخْرِجُهُ عَنْ حَالِهِ كَالْبِنَاءِ وَالْهَدْمِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ تُرْفَعَ يَدُهُ عَنْهُ.

الثَّانِي: بَعْدَ أَنْ يُثْبِتَ الْمُدَّعِي دَعْوَاهُ فِي ذَلِكَ بِشَهَادَةٍ قَاطِعَةٍ، وَكَانَ الرُّبْعُ عَلَى مَا يَجِبُ وَيَدَّعِي الْمُسْتَحَقُّ مِنْ يَدِهِ مَدْفَعًا فِيمَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعِي، فَيَضْرِبُ لِلْمُسْتَحِقِّ مِنْهُ الْآجَالَ، وَيُوقَفُ الْمُدَّعَى فِيهِ حِينَئِذٍ بِأَنْ تُرْفَعَ يَدُ الْأَوَّلِ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَتْ دَارًا غُلِّقَتْ بِالْقُفْلِ، أَوْ أَرْضًا مُنِعَ مِنْ حَرْثِهَا، أَوْ حَانُوتًا لَهُ خَرَاجٌ وُقِفَ الْخَرَاجُ، وَيُؤْمَرُ بِإِخْلَاءِ الدَّارِ مِنْ نَفْسِهِ وَمَتَاعِهِ، وَيُؤَجَّلُ فِي إِخْلَاءِ ذَلِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَنَحْوَهَا، فَإِنْ سَأَلَ الْمَعْقُولَ عَلَيْهِ أَنْ يُتْرَكَ فِي الدَّارِ مَا يَثْقُلُ عَلَيْهِ إِخْرَاجُهُ أَجَابَهُ الْحَاكِمُ إِلَى ذَلِكَ، وَبِهَذَا جَرَى عَمَلُ سَحْنُونٍ.اهـ.

وَقَدْ تَلَخَّصَ مِنْ كَلَامِ التَّبْصِرَةِ أَنَّ التَّوْقِيفَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ، وَعَلَيْهِ ذَهَبَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ شَهَادَةَ عَدْلَيْنِ، وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا الْإِعْذَارُ، فَإِنَّ التَّوْقِيفَ يَكُونُ بِرَفْعِ يَدِ حَائِزِهِ عَنْهُ وَغَلْقِهِ وَنَحْوِهِ مِمَّا يَذْكُرُ فِي الْأَبْيَاتِ الْأَرْبَعِ بَعْدَ هَذَيْنِ، فَهُوَ تَفْسِيرٌ لِلتَّوْقِيفِ الْمُتَقَدِّمِ قَرِيبًا فِي قَوْلِهِ: «تُوجِبُ تَوْقِيفًا».

وَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ شَهَادَةَ عَدْلٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ الْإِيقَافَ يَكُونُ بِمَنْعِ صَاحِبِهِ مِنْ تَفْوِيتِهِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَمِنْ إِخْرَاجِهِ عَنْ حَالِهِ بِهَدْمٍ أَوْ بِنَاءٍ، وَلَا تُرْفَعُ يَدُ حَائِزِهِ عَنْهُ، وَلِذَلِكَ قَالَ النَّاظِمُ حَيْثُ تَكُونُ الْعَقْلَةُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ: «وَلَا يُزَالُ مِنْ يَدٍ بِهَا أُلِفْ». وَفُهِمَ مِنْ إِطْلَاقِ النَّاظِمِ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ جَارٍ فِي الْأُصُولِ وَغَيْرِهَا، وَلِذَلِكَ -وَاللهُ أَعْلَمُ- قَالَ بَعْدُ: «وَشَاهِدٌ عَدْلٌ بِهِ الْأَصْلُ وُقِفْ». فَخَصَّ ذَلِكَ بِالْأَصْلِ، فَيُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ مَا قَبْلَهُ عَامٌّ فِي الْأَصْلِ وَغَيْرِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقَوْلُهُ فِي التَّبْصِرَةِ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي: وَيَدَّعِي الْمُسْتَحَقُّ مِنْ يَدِهِ مَدْفَعًا... إِلَخْ[1]. وَلِاحْتِمَالِ ثُبُوتِ هَذَا الْمَدْفَعِ احْتِيجَ إِلَى التَّوْقِيفِ إِلَى أَنْ يَقَعَ الْإِعْذَارُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ لَا مَدْفَعَ لَهُ، وَقَوْلُهُ: «بِهِ حَكَمَ الْحَكَمْ». خَبَرٌ وَمُبْتَدَأٌ، وَالْجُمْلَةُ صِفَةٌ لِتَوْقِيفًا، وَالرَّابِطُ ضَمِيرُ «بِهِ» أَيْ: تَوْقِيفًا مَحْكُومًا بِهِ، وَشَهَادَةُ الْقَطْعِ يُقَابِلُهَا شَهَادَةُ السَّمَاعِ.

وَقَوْلُهُ: «وَحَيْثُ تَوْقِيفٌ مِنَ الْمَطْلُوبِ» أَيْ: حَيْثُ طُلِبَ التَّوْقِيفُ، فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنْ ضَرْبِ الْأَجَلِ، وَتَقَدَّمَ فِي كَلَامِ التَّبْصِرَةِ: فَيُضْرَبُ لِلْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ الْآجَالُ... إِلَخْ[2].

---

(١) التبصرة ١/ ٤٩٢.

(٢) التبصرة ١/ ٤٩٢.

وَوَقْـفُ مَـا كَالـدُّورِ قَفْـلٌ مَـعَ أَجَـلْ ... لِنَقْـلِ مَـا فِيهَـا بِـهِ صَـحَّ الْعَمَـلْ

وَمَـا لَـهُ كَـالْفُرْنِ خَـرْجٌ وَالرَّحَـا ... فَفِيـهِ تَوْقِيـفُ الْخَـرَاجِ وُضِّـحَا

وَهُـوَ فِي الْأَرْضِ الْمَنْعُ مِـنْ أَنْ تُعْمَرَا ... وَالْحَـظُّ أَنْ يُكْـرِيَ وَيُوقِـفَ الْكِـرَا

قِيـلَ جَمِيعًـا أَوْ بِقَـدْرِ مَـا يَجِـبْ ... لِلْحَـظِّ مِـنْ ذَاكَ وَالْأَوَّلُ انْتُخِـبْ

تَعَرَّضَ فِي الْأَبْيَاتِ لِلْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي ذُكِرَتْ فِي هَذَا الْفَصْلِ، وَهِيَ كَيْفِيَّةُ التَّوْقِيفِ الَّذِي سَبَبه شَهَادَة الْعَدْلَيْنِ، وَ... التَّوْقِيفُ الَّذِي سَبَبُهُ شَهَادَةُ عَدْلٍ وَاحِدٍ، فَيَأْتِي فِي الْبَيْتَيْنِ بَعْدَ هَذِهِ، وَكَيْفِيَّةُ ذَلِكَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، هُوَ كَمَا قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ فِي الْمُنْتَخَبِ: وَمَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ بِيَدِهِ، أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الْأُصُولِ الثَّابِتَةِ، وَسَأَلَ أَنْ يُوقَفَ لَهُ، فَالَّذِي عَلَيْهِ الْفُتْيَا أَنَّ الدَّعْوَى إِنْ كَانَتْ فِي دَارٍ اُعْتُقِلَتْ بِالْقَفْلِ بَعْدَ أَنْ يُضْرَبَ لَهُ أَجَلٌ فِي إِخْلَائِهَا بِقَدْرِ مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ، وَإِنْ كَانَتْ فِي أَرْضٍ مُنِعَ مِنْ حَرْثِهَا، وَإِنْ كَانَتْ فِيمَا لَهُ خَرَاجٌ كَالْفُرْنِ وَالْحَانُوتِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ وُقِفَ الْخَرَاجُ، وَإِنْ كَانَتْ فِي حِصَّةِ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ شِبْهِ ذَلِكَ، اُعْتُقِلَتْ تِلْكَ الْحِصَّةُ الْمُدَّعَى فِيهَا بِالْكِرَاءِ وَوُقِفَ الْكِرَاءُ، وَقِيلَ: يُوقَفُ مِنَ الْكِرَاءِ بِقَدْرِ الْحِصَّةِ فَقَطْ. اهـ. وَفِيهِ كِفَايَةٌ لِشَرْحِ أَبْيَاتِ النَّاظِمِ رَحِمَهُ اللهُ، وَزَادَ اخْتِيَارَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِتَوْقِيفِ جَمِيعِ الْكِرَاءِ لَا مَا يَنُوبُ الْحِصَّةَ فَقَطْ، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «وَوَقْفُ مَا كَالدُّورِ...» إِلَخْ. أَنَّ وَقْفَ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْعُرُوضِ وَالْحَيَوَانِ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ، وَلَيْسَ إِلَّا وَضْعُهَا تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ فَالْأَوْلَى زِيَادَةُ بَيْتٍ بَعْدَ هَذِهِ الْأَبْيَاتِ، كَقَوْلِنَا:

وَوَقْفُ غَيْرِهِ بِوَضْعِهِ عَلَى ... يَدِ أَمِينٍ فَاحْفَظَنْ مَا نُقِلاَ

وَشَـاهِدٌ عَـدْلٌ بِـهِ الْأَصْـلُ وَقَـفْ ... وَلَا يَـزَالُ مِـنْ يَـدٍ بِهَـا أُلِـفْ

وَبِاتِّفَـاقٍ وَقْـفُ مَـا يُفَـادُ ... مِنْـهُ إِذَا مَـا أُمِـنَ الْفَسَـادُ

تَعَرَّضَ فِي الْبَيْتَيْنِ لِلْمَسْأَلَةِ الثَّالِثَةِ وَالرَّابِعَةِ وَالْخَامِسَةِ مِمَّا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ هَذَا الْفَصْلُ، يَعْنِي: أَنَّ مَنْ ادَّعَى مِلْكِيَّةَ أَصْلٍ تَحْتَ يَدِ غَيْرِهِ وَشَهِدَ لَهُ بِذَلِكَ عَدْلٌ وَاحِدٌ، وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِهِ لِرَجَائِهِ وُجُودَ شَاهِدٍ آخَرَ، أَوْ كَانَ الْقَاضِي لَا يَرَى الشَّاهِدَ مَعَ الْيَمِينِ،

فَإِنَّ الْأَصْلَ الْمُدَّعَى فِيهِ يُوقَفُ، وَلَكِنْ لَيْسَ كَالْوَقْفِ الْمُتَقَدِّمِ فِيمَا شَهِدَ بِهِ عَدْلَانِ، وَبَقِيَ الْإِعْذَارُ لِلْخَصْمِ مِنْ كَوْنِهِ يَخْرُجُ مِنْ يَدِ حَائِزِهِ بَلْ يَبْقَى بِيَدِ حَائِزِهِ، وَتَوْقِيفُهُ هُوَ مَنْعُهُ مِنْ تَفْوِيتِهِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَمِنْ تَغْيِيرِ حَالَتِهِ بِهَدْمٍ أَوْ بِنَاءٍ كَمَا تَقَدَّمَ عَنْ التَّبْصِرَةِ، وَلِهَذَا قَالَ: «وَلَا يُزَالُ مِنْ يَدٍ بِهَا أُلِفْ». لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُزَلْ مِنْ يَدِ حَائِزِهِ، لَمْ يَبْقَ إِلَّا مَنْعُهُ مِنْ تَفْوِيتِهِ وَتَغْيِيرِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ. وَكَذَا تَوْقِيفُ غَلَّةِ الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ إِذَا كَانَتْ لَا تَفْسُدُ.

وَأَمَّا مَا يَفْسُدُ فَيُبَاعُ وَيُوقَفُ ثَمَنُهُ كَمَا يَأْتِي فِي قَوْلِهِ: «وَكُلُّ شَيْءٍ يُسْرِعُ...» الْبَيْتَيْنِ.

وَعَلَى حُكْمِ الْعَقْلَةِ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي وَضَمِيرٌ مِنْهُ لِلْأَصْلِ، وَفُهِمَ مِنْ حِكَايَةِ الِاتِّفَاقِ عَلَى تَوْقِيفِ الْغَلَّةِ، أَنَّ تَوْقِيفَ الْأَصْلِ غَيْرُ مُتَّفَقٍ عَلَيْهِ، بَلْ فِيهِ خِلَافٌ وَهُوَ كَذَلِكَ، فَقَدْ حَكَى ابْنُ عَرَفَةَ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يُوقَفُ، وَلَكِنْ وَقْفًا خَاصًّا كَمَا ذَكَرَ النَّاظِمُ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ فِي وَثَائِقِ ابْنِ الْعَطَّارِ[1]: لَا تَجِبُ الْعَقْلَةُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ، وَلَكِنَّهُ يُمْنَعُ الْمَطْلُوبُ أَنْ يُحْدِثَ فِي الْعَقَارِ بِنَاءً أَوْ بَيْعًا أَوْ شِبْهَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: وَلَا يَخْرُجُ عَنْ يَدِهِ بِالْقَوْلِ. فَقَوْلُهُ: لَا تَجِبُ الْعَقْلَةُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ. يَعْنِي الْعَقْلَةَ الَّتِي يَخْرُجُ بِهَا عَنْ يَدِ حَائِزِهِ لَا مُطْلَقًا.

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ يُوقَفُ كَمَا إِذَا شَهِدَ عَدْلَانِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: قَالَ ابْنُ سَهْلٍ: اُخْتُلِفَ فِي الْعَقْلَةِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ عَدْلٍ، فَفِي أَحْكَامِ ابْنِ زِيَادٍ[2] وُجُوبُ الْعَقْلَةِ بِهَا، وَهُوَ فِي الدَّارِ بِالْقَفْلِ لَهَا، وَفِي الْأَرْضِ بِمَنْعِ حَرْثِهَا، وَقَالَهُ عَبْدُ اللهِ بْنُ يَحْيَى[3] وَأَيُّوبُ بْنُ...

---

(١) علي بن إبراهيم بن داود بن سليمان، أبو الحسن، علاء الدين ابن العطار، فاضل من أهل دمشق، ولد سنة ٦٥٤ هـ، كان أبوه عطارًا وجده طبيبًا، باشر مشيخة المدرسة النورية مدة ٣٠ سنة، وفلج سنة ٧٠١ هـ، فكان يحمل في محفة، له مصنفات، منها: (الوثائق المجموعة) و(الاعتقاد الخالص من الشك والانتقاد) و(إحكام شرح عمدة الإحكام) و(حكم الاحتكار عند غلاء الأسعار) ورتب (فتاوى النووي) على أبواب الفقه، توفي سنة ٧٢٤ هـ. انظر: البداية والنهاية ١٤/١١٧، والدرر الكامنة ٣/٥.

(٢) أحمد بن محمد بن زياد اللخمي، الملقب بالقاضي الحبيب، من قضاة قرطبة، كان من أكمل الناس وآدبهم، نشأ أثيرًا عند الخلفاء، واشتغل بالتجارة إلى أن ولي القضاء بقرطبة سنة ٢٩١ هـ، فكان أول ما باشره، جمع (الأقضية والأحكام) مما أفتى به فقهاء عصره للرجوع إليها في نظائرها، عزله الناصر (سنة ٣٠٠ هـ، ثم أعاده سنة ٣٠٩ فاستمر إلى أن توفي سنة ٣١٢ هـ. انظر: القضاة بقرطبة ١٧٤، والأعلام ١/٢٠٦.

(٣) يحيى بن عبد الله بن يحيى بن يحيى بن كثير بن وسلاس المصمودي، وكان يحيى جليل القدر عالي الدرجة في الحديث، ولي القضاء في مواضع عديدة، وكان لا يرى القنوت في الصلاة ولا يقنت في مسجده=

سُلَيْمَانَ[١].

الْقَوْلُ الثَّالِثُ لِابْنِ بَطَّالٍ[٢] عَنِ ابْنِ لُبَابَةَ: لَا تَجِبُ الْعَقْلَةُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ.

قَالَ سُلَيْمَانُ: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ، وَتَقْدِيمٍ وَتَأْخِيرٍ عَلَى نَقْلِ الشَّارِحِ. وَكَمَا تُوقَفُ الْغَلَّةُ بِشَهَادَةِ عَدْلٍ وَاحِدٍ، كَذَلِكَ كُلُّ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ عَرَضٍ، وَغَيْرِهِ يُوقَفُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا الْأُصُولُ فَتُوقَفُ بِالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَبِشَاهِدَيْنِ، إِلَّا أَنَّ كَيْفِيَّةَ الْإِيقَافِ تَخْتَلِفُ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَفِي التَّوْضِيحِ مَا نَصُّهُ: وَفِي مَسَائِلِ ابْنِ زَرْبٍ كُلُّ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنَ الْعُرُوضِ وَغَيْرِهَا يُوقَفُ بِشَاهِدٍ عَدْلٍ وَاحِدٍ، بِخِلَافِ الْعَقَارِ فَلَا يُعْتَقَلُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ وَحِيَازَتِهِمَا.

وَقَوْلُهُ: «وَلَا يَزَالُ مِنْ يَدٍ بِهَا أُلِفْ». هُوَ بَيَانٌ لِكَيْفِيَّةِ التَّوْقِيفِ بِشَهَادَةِ الْعَدْلِ الْوَاحِدِ.

وَحَيْثُمَا يَكُونُ حَالُ الْبَيِّنَةْ ... فِي حَقِّ مَنْ يَحْكُمُ غَيْرَ بَيِّنَةْ

يُوَقَّفُ الْفَائِدُ لَا الْأُصُولُ ... بِقَدْرِ مَا يُسْتَكْمَلُ التَّعْدِيلُ

هَذَا هُوَ السَّبَبُ الثَّالِثُ مِنْ أَسْبَابِ التَّوْقِيفِ، وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ لِلْمُدَّعِي قَوْمٌ لَا يَعْرِفُ الْقَاضِي عَدَالَتَهُمْ وَلَا جُرْحَتَهُمْ، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى فِيهِ أَصْلاً لَمْ يُوقَفْ، وَإِنَّمَا يُوقَفُ فَائِدَتُهُ وَغَلَّتُهُ إِلَى أَنْ يُعَدَّلَ الشُّهُودُ، وَكَذَا يُوقَفُ غَيْرُ الْأَصْلِ مِنَ الْعُرُوضِ وَالْحَيَوَانِ وَغَيْرِهَا.

وَقَوْلُهُ: «بِقَدْرِ مَا يُسْتَكْمَلُ التَّعْدِيلُ». قَالَ الشَّارِحُ: يَعْنِي بِذَلِكَ الْقَدْرَ أَجَلاً مَوْكُولاً لِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ، مُقَدَّرًا بِمَا يَحْصُلُ بِهِ قَدْرُ الْمُسْتَحِقِّ مِنَ التَّعْدِيلِ، مُرَاعًى فِيهِ مِنَ الضِّيقِ وَالْفُسْحَةِ مَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ مِنْ بُعْدِ الْبَيِّنَةِ الْمَطْلُوبِ مِنْهَا التَّعْدِيلُ وَقُرْبِهَا وَخَطَرِ الْمُسْتَحِقِّ وَحَقَارَتِهِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ اللَّوَاحِقِ الَّتِي يُرَاعِيهَا الْحَاكِمُ فِي الْقَضِيَّةِ الْمُعَيَّنَةِ. اهـ.

=ألبتة، روى عن أبي الحسن النحاس، وسمع الموطأ من حديث الليث وغيره، ومن ابن عم أبيه عبيد الله بن يحيى، كان مولده سنة ٢٨٧ هـ، وتوفي سنة ٣٦٧ هـ. انظر: الديباج المذهب ١٧٦.

(١) التاج والإكليل ١٨٣/٦، وأيوب بن سليمان هو أيوب بن سليمان بن صالح بن هاشم المعافري، أبو صالح القرطبي، كان فقيهًا حافظًا مفتيًا، دارت الشورى عليه وعلى صاحبه بن لبابة في أيامهما، سمع من العتبي وغيره، توفي سنة ٣٠١ هـ، ذكره بن سهل في أحكامه. انظر: الديباج المذهب ص ٥٢.

(٢) سليمان بن محمد بن بطال البطليوسي، أبو أيوب، فقيه باحث، له أدب وشعر، تعلم بقرطبة، واشتهر بكتابه (المقنع في أصول الأحكام)، قالوا فيه: لا يستغني عنه الحكام. وكان من الشعراء أيضًا، ويلقب بالعين جودي، لكثرة ما كان يردد في أشعاره (يا عين جودي). انظر: الصلة ١٩٦، وجذوة المقتبس ٢٠٦.

ابْنُ عَرَفَةَ: الْحَيْلُولَةُ بِإِقَامَةِ الْمُدَّعِي شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ هُوَ نَقْلُ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنِ الْمَذْهَبِ، وَكَذَا قَبْلَ تَعْدِيلِهِمَا، وَهُوَ قَوْلُهُمَا إِنْ كَانَ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ بِإِذْنِ الْقَاضِي أَنْ يَنْظُرَ فِي تَعْدِيلِهِمَا، وَخَافَ عَلَى الْمُدَّعَى فِيهِ الْفَسَادَ، أَمَرَ أَمِينًا فَبَاعَهُ وَقَبَضَ ثَمَنَهُ، وَوُضِعَ عَلَى يَدَيْ عَدْلٍ، وَفِي حَيْلُولَتِهِ بِإِقَامَتِهِ شَاهِدًا وَاحِدًا عَدْلًا خِلَافٌ. اهـ[1].

وَقَدِ اشْتَمَلَ كَلَامُ ابْنِ عَرَفَةَ هَذَا عَلَى أَوْجُهِ الْعَقْلَةِ الثَّلَاثَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ فِي النَّاظِمِ، فَقَوْلُهُ: الْحَيْلُولَةُ بِإِقَامَةِ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ. أَيْ: وَبَقِيَ الْإِعْذَارُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ هُوَ الْأَوَّلُ فِي النَّظْمِ. وَقَوْلُهُ: وَكَذَا قَبْلَ تَعْدِيلِهِمَا... إِلَخْ. هِيَ مَسْأَلَةُ النَّاظِمِ هُنَا. وَقَوْلُهُ: فِي الْحَيْلُولَةِ بِإِقَامَتِهِ شَاهِدًا عَدْلًا. هِيَ مَسْأَلَةُ قَوْلِهِ: «وَشَاهِدٌ عَدْلٌ بِهِ الْأَصْلُ وُقِفْ». وَأَمَّا قَوْلُهُ: وَخَافَ عَلَى الْمُدَّعَى فِيهِ الْفَسَادَ... إِلَخْ. فَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهِ فِي شَرْحِ الْبَيْتَيْنِ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَقَدِ اشْتَمَلَ الْبَيْتَانِ عَلَى الْمَسْأَلَةِ السَّادِسَةِ مِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْفَصْلِ، وَهِيَ التَّوْقِيفُ فِيمَا شَهِدَ فِيهِ رَجُلَانِ يُنْظَرُ فِي تَزْكِيَتِهِمَا.

وَكُلُّ شَيْءٍ يُسْرِعُ الْفَسَادُ لَهْ ... وُقِفَ لَا لِأَنْ يُرَى قَدْ دَخَلَهْ

وَالْحُكْمُ بَيْعُهُ وَتَوْقِيفُ الثَّمَنْ ... إِنْ خِيفَ فِي التَّعْدِيلِ مِنْ طُولِ الزَّمَنْ

تَكَلَّمَ فِي الْبَيْتَيْنِ عَلَى كَيْفِيَّةِ تَوْقِيفِ مَا يَفْسُدُ إِذَا شَهِدَ بِهِ مَنْ لَمْ تَثْبُتْ عَدَالَتُهُمَا، وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ مِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْفَصْلِ؛ يَعْنِي: أَنَّ مَا أُحْتِيجَ إِلَى تَوْقِيفِهِ لِوَجْهٍ مِنَ الْوُجُوهِ، وَكَانَ مِمَّا يَفْسُدُ إِنْ طَالَ كَاللَّحْمِ وَالْفَوَاكِهِ الْخَضْرَاءِ وَنَحْوِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ، فَإِنْ رُجِيَ حُصُولُ مَا لَا يَتِمُّ الْحُكْمُ إِلَّا بِهِ مِنْ إِعْذَارٍ أَوْ تَجْرِيحٍ أَوْ تَعْدِيلٍ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ قَبْلَ تَغَيُّرِهِ وُقِفَ، وَإِنْ خِيفَ تَغَيُّرُهُ وَفَسَادُهُ قَبْلَ ذَلِكَ، فَالْحُكْمُ بَيْعُهُ وَتَوْقِيفُ ثَمَنِهِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ التَّوْقِيفُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ يُنْظَرُ فِي تَزْكِيَتِهِمَا؛ لِأَنَّ سِيَاقَ الْكَلَامِ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ؛ لِقَوْلِهِ قَبْلَهُ: وَحَيْثُمَا يَكُونُ... إِلَخْ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ بِشَهَادَةِ عَدْلٍ وَاحِدٍ فَيَحْلِفُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ، وَيُخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَيْئِهِ، وَنَحْوُهُ قَوْلُهُ فِي الْمُخْتَصَرِ: وَبَيْعُ مَا يَفْسُدُ وَوَقْفُ ثَمَنِهِ مَعَهُمَا بِخِلَافِ الْعَدْلِ فَيَحْلِفُ وَيَبْقَى بِيَدِهِ[2].

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٨٣.

(٢) مختصر خليل ص ٢٢٤.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قَالَ سَحْنُونٌ فِي كِتَابِ الشَّهَادَةِ: إِنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ قَالَ: وَإِنْ كَانَ الَّذِي ادَّعَى الْمُدَّعِي مِمَّا لَا يَبْقَى وَيُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ كَالْفَاكِهَةِ الرَّطْبَةِ وَاللَّحْمِ، أَنَّ الْمُدَّعِيَ إِذَا كَانَ إِنَّمَا شَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ وَقَالَ: عِنْدِي شَاهِدٌ آخَرُ. فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُؤَجِّلُ الْمُدَّعِيَ فِي إِحْضَارِ شَاهِدِهِ مَا لَمْ يَخَفْ الْفَسَادَ عَلَى ذَلِكَ الَّذِي أُدُّعِيَ، فَإِنْ أَحْضَرَ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ، وَإِلَّا خَلَّى بَيْنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَبَيْنَ الْمُدَّعَى فِيهِ، وَإِذَا أَقَامَ الْمُدَّعِي شَاهِدَيْنِ لَا يَعْرِفُهُمَا الْقَاضِي بِعَدَالَةٍ وَخَافَ عَلَى الْمُدَّعَى فِيهِ الْفَسَادَ، أَمَرَ أَمِينًا فَبَاعَهُ وَقَبَضَ ثَمَنَهُ وَوَضَعَ الثَّمَنَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ، فَإِنْ زُكِّيَتْ الْبَيِّنَةُ قَضَى بِالثَّمَنِ لِلْمُدَّعِي(١).

قَالَ عِيَاضٌ: قَوْلُهُ: عِنْدِي شَاهِدٌ وَاحِدٌ لَا أَحْلِفُ مَعَهُ. أَيْ: لَا أَحْلِفُ أَلْبَتَّةَ، وَلَوْ أَرَادَ لَا أَحْلِفُ مَعَهُ الْآنَ لِأَنِّي أَرْجُو شَاهِدًا آخَرَ فَإِنْ وَجَدْته، وَإِلَّا حَلَفَ مَعَ شَاهِدَيْ بَيْعٍ حِينَئِذٍ، وَوُقِفَ ثَمَنُهُ إِنْ خُشِيَ فَسَادُهُ، وَلَيْسَ هَذَا بِأَضْعَفَ مِنْ شَاهِدَيْنِ يُطْلَبُ تَعْدِيلُهُمَا، فَقَدْ جعَلَ لَهُ بَيْعَهُ هُنَا، وَإِنْ كَانَ عَلَى شَكٍّ مِنْ تَعْدِيلِهِمَا، وَهُوَ إِنْ لَمْ يَثْبُتْ بَطَلَ الْحَقُّ، وَشَاهِدٌ وَاحِدٌ فِي الْأَوَّلِ ثَابِتٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَالْحَلِفُ مَعَهُ مُمْكِنٌ إِنْ لَمْ يَجِدْ آخَرَ وَيَثْبُتُ الْحَقُّ. اهـ. عَلَى نَقْلِ الشَّارِحِ مَعَ بَعْضِ اخْتِصَارٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَمَا يَفْسُدُ مِنْ طَعَامٍ أَوْ غَيْرِهِ قَالُوا يُبَاعُ وَيُوقَفُ ثَمَنُهُ إِنْ كَانَ شَاهِدَانِ، وَيُسْتَحْلَفُ وَيُخَلَّى إِنْ كَانَ شَاهِدًا(٢).

التَّوْضِيحُ: يُسْتَحْلَفُ؛ أَيْ: الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ الْمُدَّعِيَ لَا يَسْتَحِقُّ مِنْ هَذَا شَيْئًا وَيُخَلَّى أَيْ الْمُدَّعَى فِيهِ تَحْتَ يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَتَبَرَّأَ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: مِنْهُ بِقَوْلِهِ قَالُوا لِإِشْكَالِهِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحُكْمَ كَمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الشَّاهِدِ الثَّانِي، فَكَذَلِكَ يَتَوَقَّفُ عَلَى عَدَالَةِ الشَّاهِدَيْنِ، فَإِمَّا أَنْ يُبَاعَ وَيُوقَفَ ثَمَنُهُ فِيهِمَا أَوْ يُخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ هُوَ بِيَدِهِ فِيهِمَا.

وَأَجَابَ صَاحِبُ النُّكَتِ: بِأَنَّ مُقِيمَ الْعَدْلِ قَادِرٌ عَلَى إِثْبَاتِ حَقِّهِ بِيَمِينِهِ، فَلَمَّا تَرَكَ ذَلِكَ اخْتِيَارًا صَارَ كَأَنَّهُ مَكَّنَهُ مِنْهُ بِخِلَافِ مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ أَوْ شَاهِدًا، وَوَقَفَ ذَلِكَ الْقَاضِي لِيَنْظُرَ فِي تَعْدِيلِهِمْ لَا حُجَّةَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى إِثْبَاتِ حَقِّهِ بِغَيْرِ عَدَالَتِهِمْ، وَأَشَارَ الْمَازِرِيُّ إِلَى فَرْقٍ آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ الْمَجْهُولَيْنِ أَقْوَى مِنْ الشَّاهِدِ

---

(١) المدونة ٤/ ٤٣.

(٢) جامع الأمهات ص ٤٧٥.

الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ يُعْلَمُ قَطْعًا الْآنَ أَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَحِقٍّ، وَالشَّاهِدَانِ الْمَجْهُولَانِ إِذَا عُدِّلَا فَإِنَّمَا تَعْدِيلُهُمَا الْكَشْفُ عَنْ وَصْفٍ كَانَا عَلَيْهِ حِينَ الشَّهَادَةِ. اهـ.

مُدَّعِي كَالْعَبْدِ وَالنِّشْدَانُ ... ثُبُوتُهُ قَامَ بِهِ بُرْهَانُ

أَوِ السَّمَاعُ أَنَّ عَبْدَهُ أَبَقْ ... إِنْ طَلَبَ التَّوْقِيفَ فَهُوَ مُسْتَحَقّ

لِخَمْسَةٍ أَوْ فَوْقَهَا يَسِيرَا ... حَيْثُ ادَّعَى بَيِّنَةً حُضُورَا

وَإِنْ تَكُنْ بَعِيدَةً فَالْمُدَّعَى ... عَلَيْهِ مَا الْقَسْمُ عَنْهُ ارْتَفَعَا

كَذَاكَ مَعَ عَدْلٍ بِنِشْدَانٍ شَهِدْ ... وَبَعْدُ بَاقِيهِمْ يَمِينُهُ تُرَدْ

هَذَا هُوَ السَّبَبُ الرَّابِعُ مِنْ أَسْبَابِ التَّوْقِيفِ لِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ كَمَا تَقَدَّمَ أَوَّلَ شَرْحِ قَوْلِهِ: ثَالِثَةٌ لَا تُوجِبُ الْحَقَّ نَعَمْ. الْبَيْتَيْنِ، يَعْنِي أَنَّ مَنْ وَجَدَ عَبْدًا مَثَلاً أَوْ غَيْرَهُ، وَلِذَلِكَ أَدْخَلَ الْكَافَ عَلَى الْعَبْدِ بِيَدِ رَجُلٍ وَادَّعَى أَنَّهُ لَهُ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ يَنْشُدُ عَبْدًا أَوْ غَيْرَهُ مِمَّا ادَّعَى أَنَّهُ لَهُ، أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةَ السَّمَاعِ أَنَّهُ أَبَقَ لَهُ عَبْدٌ أَوْ ضَاعَ لَهُ فَرَسٌ مَثَلاً، وَادَّعَى أَنَّ لَهُ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً حَاضِرَةً، وَطَلَبَ أَنْ يُوقِفَ لَهُ ذَلِكَ الشَّيْءَ لِيَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ، فَإِنَّهُ يُجَابُ لِذَلِكَ الْأَيَّامَ الْيَسِيرَةَ كَالْخَمْسَةِ وَفَوْقَهَا بِيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ لَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِالْأَبْيَاتِ الثَّلَاثَةِ الْأُوَلِ.

ثُمَّ صَرَّحَ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: «بَيِّنَةً حُضُورًا». فَقَالَ: «وَإِنْ تَكُنْ بَعِيدَةً...» الْبَيْتَ. أَيْ: فَإِنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَحْلِفُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ فِيهِ حَقًّا لِلْقَائِمِ، وَيَبْقَى شَيْؤُهُ بِيَدِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى. وَفُهِمَ مِنْ مُقَابَلَةِ الْبَيِّنَةِ الْحَاضِرَةِ بِالْبَعِيدَةِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَاضِرَةِ الْحَاضِرَةُ حَقِيقَةً، أَوْ مَا فِي حُكْمِهَا مِنَ الْغَائِبَةِ غَيْبَةً قَرِيبَةً وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا يَأْتِي.

ثُمَّ صَرَّحَ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: «وَالنِّشْدَانُ...» الْبَيْتَ. أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَشْهَدْ بِالنِّشْدَانِ إِلَّا عَدْلٌ وَاحِدٌ، وَادَّعَى أَنَّ بَاقِيَ شُهُودِ النِّشْدَانِ غُيَّبٌ غَيْبَةً بَعِيدَةً، فَإِنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ أَيْضًا، يَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَيَبْقَى شَيْؤُهُ بِيَدِهِ، هَذَا ظَاهِرُ لَفْظِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَالَّذِي نَقَلَ عَلَيْهِ الشَّارِحُ مَا نَصُّهُ: قَالَ ابْنُ الْحَارِثِ: وَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى فِي عَبْدٍ أَوْ عَرَضٍ فَسَأَلَ أَنْ يُوقَفَ لَهُ ذَلِكَ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِسَمَاعٍ أَوْ لَطْخٍ أَوِ ادَّعَى بَيِّنَةً قَرِيبَةً، فَيُوقَفُ لَهُ الْخَمْسَةَ أَيَّامٍ إِلَى الْجُمُعَةِ.

وَفِي كِتَابِ ابْنِ يُونُسَ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فَإِنْ قَالَ: أَوْقِفُوا الْعَبْدَ حَتَّى آتِيَ بِبَيِّنَتِي. لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ بَيِّنَةً حَاضِرَةً عَلَى الْحَقِّ، أَوْ سَمَاعًا يُثْبِتُ لَهُ دَعْوَاهُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُوقِفُ الْعَبْدَ وَيُؤَجِّلُ لَهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ فِيمَا قَرُبَ مِنْ يَوْمٍ أَوْ نَحْوِهِ، فَإِنْ جَاءَ بِشَاهِدٍ أَوْ سَمَاعٍ وَسَأَلَ أَنْ يُوقَفَ الْعَبْدُ لِيَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةً بَعِيدَةً وَفِي إِيقَافِهِ ضَرَرٌ، اُسْتُحْلِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَهُ لَهُ بِغَيْرِ كَفِيلٍ[١].

قَالَ سَحْنُونٌ: وَإِنِ ادَّعَى شُهُودًا حُضُورًا عَلَى حَقِّهِ، رَأَيْت أَنْ يُوقَفَ لَهُ نَحْوَ الْخَمْسَةِ أَيَّامٍ إِلَى الْجُمُعَةِ، وَهَذَا التَّحْدِيدُ لِغَيْرِ ابْنِ الْقَاسِمِ[٢].

قَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ: وَهُوَ لِسَحْنُونٍ.

وَفِي الْمَجْمُوعَةِ: فَإِنْ ثَبَتَ بِسَمَاعٍ أَوْ شَاهِدٍ عَدْلٍ أَنَّهُ نَشَدَ مَسْرُوقًا، أَوْ ادَّعَى بَيِّنَةً بَعِيدَةً، وَفِي إِيقَافِهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، اسْتَحْلَفَ السُّلْطَانُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَخَلَّى سَبِيلَهُ، وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلاً، قَالَ: وَمِمَّا يُنْظَرُ فِيهِ نَفَقَةُ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ عَلَى مَنْ تَكُونُ.

فَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: نَفَقَةُ الْعَبْدِ فِي التَّوْقِيفِ عَلَى الَّذِي يُقْضَى لَهُ بِهِ. اهـ. نَقْلُ الشَّارِحُ.

«وَالنِّشْدَانُ» قَالَ الْجَوْهَرِيُّ: نَشَدْت الضَّالَّةَ أَنْشُدُهَا نِشْدَةً وَنِشْدَانًا أَيْ طَلَبْتُهَا.اهـ[٣].

«وَالْبُرْهَانُ» وَالْحُجَّةُ وَهِيَ الْبَيِّنَةُ، وَ«السَّمَاعُ» بِفَتْحِ السِّينِ أَيْ: بَيِّنَةُ السَّمَاعِ، وَ«أَبَقَ» أَيْ: هَرَبَ، وَ«التَّوْقِيفُ» أَيْ: إِلَى أَنْ يَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ.

(تَنْبِيهٌ) ظَاهِرُ قَوْلِهِ: «حَيْثُ ادَّعَى بَيِّنَةً حُضُورَا». أَنَّ فَاعِلَ ادَّعَى هُوَ الْمُدَّعِي الْمُتَقَدِّمُ ذِكْرُهُ، وَهُوَ الَّذِي قَدْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِالنِّشْدَانِ أَوْ بِالسَّمَاعِ أَنَّ عَبْدَهُ أَبَقَ، وَأَنَّ الْمُدَّعِيَ الْمَذْكُورَ لَا يُجَابُ إِلَى الْإِيقَافِ إِلَّا بِأَمْرَيْنِ: النِّشْدَانِ مَعَ دَعْوَى الْبَيِّنَةِ الْحَاضِرَةِ، أَوْ السَّمَاعِ مَعَ الْبَيِّنَةِ أَيْضًا، وَظَاهِرُ مَا نَقَلَ عَلَيْهِ الشَّارِحُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ سَبَبٌ ثَالِثٌ، وَأَنَّ الْإِيقَافَ يَكُونُ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: إِمَّا بِبَيِّنَةِ النِّشْدَانِ، وَإِمَّا بِبَيِّنَةِ السَّمَاعِ، أَوْ دَعْوَاهُ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً حَاضِرَةً.

وَعَلَى هَذَا فَفَاعِلُ «ادَّعَى» أَيْ: مُدَّعٍ لَا بِقَيْدِ كَوْنِهِ أَقَامَ لَهُ بَيِّنَةَ نِشْدَانٍ أَوْ سَمَاعٍ، فَلَوْ قَالَ: أَوْ ادَّعَى بَيِّنَةً حُضُورًا. لَكَانَ أَبْيَنَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

---

(١) المدونة ٤/ ٤٣.

(٢) المدونة ٤/ ٤٣.

(٣) الصحاح للجوهري ٢/ ٥٤٣.

فصل

رَابِعَـــةٌ مَـــا تُلْـــزِمُ الْيَمِينَـــا لَا الْحَــــقَّ لَكِـــنْ لِلْمُطَالِبِينَـــا
شَـــهَادَةُ الْعَـــدْلِ أَوْ اثْنَتَـــيْنِ فِي طَـــلَاقٍ أَوْ عَتَـــاقٍ أَوْ قَـــذْفٍ يَفِـــي
وَتُوقَـــفُ الزَّوْجَـــةُ ثُـــمَّ إِنْ نَكَـــلْ زَوْجٌ فَـــسَجْنٌ وَلِعَـــامِ الْعَمَـــلْ
وَقِيـــلَ لِلزَّوْجَـــةِ إِذْ يُـــدَيَّنُ تَمْنَـــعُ نَفْـــسَهَا وَلَا تَـــزَيَّنُ

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ، وَهُوَ مَا يُوجِبُ الْيَمِينَ، لَكِنْ لَا عَلَى الطَّالِبِ -كَمَا فِي الْقِسْمِ الثَّانِي- بَلْ عَلَى الْمَطْلُوبِ، وَلَا يُوجِبُ حَقًّا، وَذَلِكَ إِذَا شَهِدَ عَدْلٌ أَوْ امْرَأَتَانِ عَدْلَتَانِ بِطَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ قَذْفٍ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِعَدْلَيْنِ، وَأَنْكَرَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ تُوقَفُ زَوْجَةُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِمَا ذُكِرَ وَيُحَالُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ، وَيُؤْمَرُ بِأَنْ يَحْلِفَ لِرَدِّ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُحْبَسُ فِي السِّجْنِ، وَيُطَالُ سَجْنُهُ الْعَامَ وَنَحْوَهُ، فَإِنْ تَمَادَى عَلَى نُكُولِهِ فَإِنَّهُ يُطْلَقُ وَيُوكَلُ إِلَى دِينِهِ، وَتُؤْمَرُ زَوْجَتُهُ حِينَئِذٍ بِأَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا مِنْهُ مَا اسْتَطَاعَتْ وَلَا تَزَيَّنُ، وَلَا يَأْتِيهَا زَوْجُهَا إِلَّا كَارِهَةً، وَلْتَفْتَدِ مِنْهُ بِمَا قَدَرَتْ.

ابْنُ يُونُسَ: وَأَمَّا إِنِ ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا، لَمْ يَحْلِفْ الزَّوْجُ إِلَّا أَنْ تُقِيمَ الْمَرْأَةُ شَاهِدًا أَوْ امْرَأَتَيْنِ مِمَّنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا فِي الْحُقُوقِ، فَيَحْلِفُ الزَّوْجُ.

قَالَ مَالِكٌ: يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حَتَّى يَحْلِفَ، فَإِنْ نَكَلَ طَلُقَتْ عَلَيْهِ مَكَانَهَا، وَاعْتَدَّتْ مِنْ يَوْمِ الطَّلَاقِ، وَرُوِيَ عَنْهُ إِذَا طَالَ سَجْنُهُ دُيِّنَ وَتُرِكَ، وَالطُّولُ سَنَةٌ[١]. وَبِهَذَا أَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا ادَّعَى عَبْدٌ عَلَى سَيِّدِهِ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ، وَلَوْ جَازَ هَذَا لِلنِّسَاءِ وَالْعَبِيدِ لَمْ يَشَأْ عَبْدٌ إِلَّا حَلَّفَ سَيِّدَهُ، وَلَا امْرَأَةٌ إِلَّا حَلَّفَتْ زَوْجَهَا كُلَّ يَوْمٍ، فَإِنْ أَقَامَ الْعَبْدُ أَوْ الْمَرْأَةُ شَاهِدًا أَوْ امْرَأَتَيْنِ مِمَّنْ تُقْبَلَانِ فِي الْحُقُوقِ، مِثْلَ: أَنْ لَا تَكُونَ مِنَ الْأُمَّهَاتِ وَالْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ، أَوْ مَنْ هُوَ مُتَّهَمٌ بِمَظِنَّةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَحْلِفُ الْعَبْدُ وَلَكِنْ يَحْلِفُ السَّيِّدُ، فَإِنْ نَكَلَ عَتَقَ الْعَبْدُ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: يُسْجَنُ أَبَدًا حَتَّى يَحْلِفَ. ثُمَّ قَالَ: إِنْ طَالَ سَجْنُهُ

(١) المدونة ٤/٣٨.

دُيِّنَ[١].

وَفِي تَبْصِرَةِ اللَّخْمِيِّ: وَإِنْ شَهِدَ بِقَذْفٍ حُلِّفَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ وَبَرِئَ، وَيُخْتَلَفُ إِنْ نَكَلَ هَلْ يُحَدُّ، أَوْ يُسْجَنُ أَبَدًا حَتَّى يَحْلِفَ، أَوْ يَخْرُجَ بَعْدَ سَنَةٍ قِيَاسًا عَلَى الطَّلَاقِ وَالْجِرَاحِ؟ هَلْ يُطَلِّقُ أَوْ يُقْتَصُّ مِنْهُ عِنْدَ النُّكُولِ؟

قَالَ الشَّارِحُ: اعْتَمَدَ الشَّيْخُ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ الَّذِي رَجَعَ إِلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ، وَعَلَى مَا لِلَّخْمِيِّ فِي مَسْأَلَةِ الْقَذْفِ، وَمِمَّا يَلْحَقُ بِذَلِكَ دَعْوَى النِّكَاحِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ.

قَالَ الْمَازِرِيُّ: مَنْصُوصُ الْمَذْهَبِ أَنَّ مَنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا بِنِكَاحِ امْرَأَةٍ وَأَنْكَرَتْهُ أَنْ لَا يَمِينَ عَلَيْهَا.

وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ: لَا يَمِينَ عَلَى دَعْوَى النِّكَاحِ عَلَى امْرَأَةٍ لِرَجُلٍ، وَلَا عَلَيْهِ لَهَا مَا لَمْ يَقُمْ بِذَلِكَ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَأَخَذَ مِنْهُ بَعْضُ الْأَشْيَاخِ وُجُوبَ الْيَمِينِ عَلَى الْمُنْكِرِ مِنْهُمَا بِالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ. اهـ.

وَعَلَى عَدَمِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فِي النِّكَاحِ ذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: وَحُلِّفَ بِشَاهِدٍ فِي طَلَاقٍ وَعِتْقٍ لَا نِكَاحٍ، فَإِنْ نَكَلَ حُبِسَ وَإِنْ طَالَ دُيِّنَ[٢].

فَقَوْلُهُ: «رَابِعَةٌ» صِفَةٌ لِمَحْذُوفٍ؛ أَيْ: شَهَادَةٌ رَابِعَةٌ، وَ«مَا تُلْزِمُ»: «مَا» مَوْصُولَةٌ بِمَعْنَى الَّذِي، وَ«تُلْزِمُ» بِضَمِّ أَوَّلِهِ مُضَارِعُ أَلْزَمَ، وَ«لِلْمُطَالَبِينَ» يَجُوزُ أَنْ يُقْرَأَ بِفَتْحِ اللَّامِ الثَّانِيَةِ اسْمُ مَفْعُولٍ مِنْ طَالَبَ، وَاللَّامُ بِمَعْنَى: عَلَى، عَلَى حَدِّ «وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ» أَيْ: عَلَيْهِمْ، أَنَّ الشَّهَادَةَ تُوجِبُ الْيَمِينَ، لَا عَلَى الطَّالِبِ كَمَا فِي الْقِسْمِ الثَّانِي بَلْ عَلَى الْمَطْلُوبِ، وَهُوَ الزَّوْجُ فِي الشَّهَادَةِ بِالطَّلَاقِ، وَالسَّيِّدُ فِي الشَّهَادَةِ بِالْعِتْقِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقْرَأَ بِكَسْرِهَا وَتَكُونُ لِلِاسْتِحْقَاقِ؛ أَيْ: أَنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ تُوجِبُ الْيَمِينَ لِلطَّالِبِ، وَهِيَ الزَّوْجَةُ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَبْدُ فِي الْعِتْقِ، وَيَسْتَحِقُّهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْمَطْلُوبِ.

وَقَوْلُهُ: «وَلَا تَزَيَّنُ» عَلَى حَذْفِ إِحْدَى التَّاءَيْنِ؛ أَيْ: لَا تَتَزَيَّنُ.

---

(١) المدونة ٢/ ٤٥١.

(٢) مختصر خليل ص ٢٢٥.

فصل

خَامِسَةٌ لَيْسَ عَلَيْهَا عَمَلْ ... وَهِيَ الشَّهَادَةُ الَّتِي لَا تُقْبَلْ

كَشَاهِدِ الزُّورِ وَالِابْنِ لِلأَبِ ... وَمَا جَرَى مَجْرَاهُمَا مِمَّا أُبِي

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الْخَامِسُ مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ الْخَمْسَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي قَوْلِهِ قَبْلُ: «ثُمَّ الشَّهَادَةُ لَدَى الْأَدَاءِ...» الْبَيْتَ، وَهِيَ الشَّهَادَةُ الَّتِي لَا عَمَلَ لَهَا، وَلَا تُوجِبُ شَيْئًا، وَهَذَا الْقِسْمُ فِي الْحَقِيقَةِ لَيْسَ بِقَسَمٍ مِنْهَا وَإِنَّمَا هُوَ قِسْمٌ لَهَا، فَالصَّوَابُ فِي التَّقْسِيمِ إِذَنْ أَنْ يُقَالَ: الشَّهَادَةُ عَلَى قِسْمَيْنِ: قِسْمٌ: يُوجِبُ أَمْرًا، أَوْ يَنْدَرِجُ فِيهِ الْأَنْوَاعُ الْأَرْبَعَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ، وَقِسْمٌ: لَا يُوجِبُ شَيْئًا وَهُوَ هَذِهِ، أَعْنِي الشَّهَادَةَ الَّتِي اخْتَلَّ فِيهَا شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ الشَّهَادَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ أَوَّلَ الْبَابِ، أَوْ وُجِدَ فِيهَا مَانِعٌ يَمْنَعُ مِنْ قَبُولِهَا:

فَالْأَوَّلُ: كَشَاهِدِ الزُّورِ لِاخْتِلَالِ شَرْطِ الْعَدَالَةِ فِيهِ.

والثَّانِي: كَشَهَادَةِ الِابْنِ لِأَبِيهِ لِوُجُودِ الْمَانِعِ وَهِيَ التُّهْمَةُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى الشُّرُوطِ، وَأَنَّ مَنْ اخْتَلَّ فِيهِ شَرْطٌ مِنْهَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

وَأَمَّا الْمَوَانِعُ فَعَدَّ ابْنُ الْحَاجِبِ مِنْهَا جُمْلَةً صَالِحَةً:

أَوَّلُهَا: التَّغَفُّلُ.

الثَّانِي: أَنْ يَجُرَّ بِهَا نَفْعًا، كَمَنْ شَهِدَ عَلَى مَوْرُوثِهِ الْمُحْصَنِ بِالزِّنَا، أَوْ قَتْلِ الْعَمْدِ مَا لَمْ يَكُنْ فَقِيرًا، أَوْ يَدْفَعُ ضَرَرًا كَشَهَادَةِ بَعْضِ الْعَاقِلَةِ بِفِسْقِ شُهُودِ الْقَتْلِ خَطَأً.

الثَّالِثُ: أَكِيدُ الشَّفَقَةِ بِالنَّسَبِ كَالْأُبُوَّةِ وَالْأُمُومَةِ، أَوْ بِالسَّبَبِ كَالزَّوْجِيَّةِ، فَلاَ يَشْهَدُ الزَّوْجُ لِلزَّوْجَةِ وَلَا هِيَ لَهُ.

الرَّابِعُ: الْعَدَاوَةُ، فَلاَ تُقْبَلُ عَلَيْهِ وَتُقْبَلُ لَهُ عَكْسُ الْقَرَابَةِ.

الْخَامِسُ: الْحِرْصُ عَلَى إِزَالَةِ التَّغْيِيرِ بِإِظْهَارِ الْبَرَاءَةِ أَوْ التَّأَسِّي، فَالْأَوَّلُ كَشَهَادَتِهِ فِيمَا رُدَّ فِيهِ بِفِسْقٍ أَوْ صِبًا أَوْ رِقٍّ أَوْ كُفْرٍ، وَالثَّانِي وَهُوَ التَّأَسِّي كَشَهَادَةِ وَلَدِ الزِّنَا فِي الزِّنَا، وَكَشَهَادَةِ مَنْ حُدَّ فِي مِثْلِ مَا حُدَّ فِيهِ.

السَّادِسُ: الْحِرْصُ عَلَى تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ، كَالشَّاهِدِ الْمُخْتَفِي لِتَحَمُّلِهَا، وَلَا يَضُرُّ عَلَى الْمَشْهُورِ أَوْ عَلَى أَدَائِهَا، فَيَرْفَعُ شَهَادَتَهُ قَبْلَ أَنْ يُطْلَبَ بِهَا فِي مَحْضِ حَقٍّ آدَمِيٍّ، وَذَلِكَ قَادِحٌ.

السَّابعُ: الاِسْتِبْعَادُ، كَإِشْهَادِ أَهْلِ الْحَاضِرَةِ شُهُودًا مِنَ الْبَادِيَةِ[١].

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ السُّؤَالِ إِلَّا فِي التَّافِهِ الْيَسِيرِ، لِحُصُولِ الرِّيبَةِ فِيمَا لَهُ قَدْرٌ وَبَالٌ[٢].

وَقَوْلُهُ: «مِمَّا أُبِي» بِضَمِّ الْهَمْزَةِ؛ أَيْ: مِمَّا أَبَاهُ الْفُقَهَاءُ مِنَ الشَّهَادَاتِ وَلَمْ يَقْبَلُوهُ.

(١) جامع الأمهات ٤٧١- ٤٧٣.

(٢) المدونة ٤/١٨.

فصل في شهادة السماع

ابْنُ عَرَفَةَ: شَهَادَةُ السَّمَاعِ لَقَبٌ لِمَا يُصَرِّحُ الشَّاهِدُ فِيهِ بِإِسْنَادِ شَهَادَتِهِ لِسَمَاعٍ مِنْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ، فَتَخْرِجُ شَهَادَتُهُ الْبَتَّ وَالنَّقْلَ[١]. أَيْ تُخْرِجُ شَهَادَةَ الْبَتِّ مِنْ قَوْلِهِ: بِإِسْنَادِ شَهَادَتِهِ لِسَمَاعٍ. وَتُخْرِجُ شَهَادَةَ النَّقْلِ مِنْ قَوْلِهِ: مِنْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ. لِأَنَّ الْمَنْقُولَ عَنْهُ فِي شَهَادَةِ النَّقْلِ مُعَيَّنٌ.

خَامِسَةٌ لَيْسَ عَلَيْهَا عَمَلُ ... وَهِيَ الشَّهَادَةُ الَّتِي لَا تُقْبَلُ

وَأُعْمِلَتْ شَهَادَةُ السَّمَاعِ ... فِي الْحَمْلِ وَالنِّكَاحِ وَالرَّضَاعِ

وَالْحَيْضِ وَالْمِيرَاثِ وَالْمِيلَادِ ... وَحَالِ إِسْلَامٍ أَوْ ارْتِدَادِ

وَالْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَالْوَلَاءِ ... وَالرُّشْدِ وَالتَّسْفِيهِ وَالْإِيصَاءِ

وَفِي تَمَلُّكِ الْمِلْكِ بِيَدِ ... يُقَامُ فِيهِ بَعْدَ طُولِ الْمُدَدِ

وَحَبْسِ مَنْ جَازَ مِنْ السِّنِينَا ... عَلَيْهِ مَا يُنَاهِزُ الْعِشْرِينَا

وَعَزْلِ حَاكِمٍ وَفِي تَقْدِيمِهِ ... وَضَرَرِ الزَّوْجَيْنِ مِنْ تَتْمِيمِهِ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ السِّتُّ عَلَى عَدِّ مَوَاضِعِ شَهَادَةِ السَّمَاعِ، وَذَلِكَ فِي: الْحَمْلِ وَمِمَّا يَنْبَنِي عَلَيْهِ أَنْ تَصِيرَ الْأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ، وَفِي النِّكَاحِ.

وَصِفَةُ شَهَادَةِ السَّمَاعِ فِي النِّكَاحِ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ تَحْتَ حِجَابِ الزَّوْجِ، فَيُحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ يَمُوتُ أَحَدُهُمَا فَيَطْلُبُ الْحَيُّ مِنْهُمَا الْمِيرَاثَ، فَيُثْبِتُ الزَّوْجِيَّةَ بِالسَّمَاعِ الْمُسْتَفِيضِ، فَيُحْكَمُ لَهُ بِالْمِيرَاثِ، فَلَوْ لَمْ تَكُنْ الْمَرْأَةُ فِي عِصْمَةِ أَحَدٍ بِزَوْجِيَّةٍ، فَأَثْبَتَ رَجُلٌ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ تَزَوَّجَهَا بِالسَّمَاعِ، لَمْ يَسْتَوْجِبْ الْبِنَاءَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ السَّمَاعِ إِنَّمَا تَنْفَعُ مَعَ الْحِيَازَةِ لِلْمَرْأَةِ، وَهَذَا لَمْ يَحُزْهَا إِلَيْهِ؛ إِذْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ السَّمَاعُ مِنْ وَاحِدٍ، وَقَدْ فَشَا ذِكْرُهُ وَوَاحِدٌ لَا يَجُوزُ بِهِ النِّكَاحُ. قَالَهُ الْقَاضِي أَبُو عَبْدِ اللهِ بْنُ الْحَاجِّ[٢].

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ١٩١، ومنح الجليل ٨/ ٤٧٦، ومواهب الجليل ٨/ ٢٢٦.

(٢) محمد بن محمد بن محمد ابن الحاج، أبو عبد الله العبدري المالكي الفاسي، نزيل مصر، فاضل، تفقه في بلاده، وقدم مصر، وحج، وكف بصره في آخر عمره وأقعد، وتوفي بالقاهرة سنة ٧٣٧ هـ، عن نحو ٨٠=

قَالَ الْقَاضِي المِكْنَاسِيُّ: قُلْت فَيَظْهَرُ مِنْهُ أَنْ لَا يَنْبَنِيَ عَلَيْهَا بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ مَعَ أَنَّهُ يَرِثُهَا بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَمَاعًا مُنْتَشِرًا مُسْتَفِيضًا يَقَعُ بِهِ الْعِلْمُ، كَمَا أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ، لَا يُمْكِنُ أَنْ يُخْتَلَفَ فِي هَذَا أَنَّهُ يَبْنِي بِهَا بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ، لَا سِيَّمَا إِذَا طَالَ الْأَمْرُ وَمَاتَتْ الْبَيِّنَاتُ. اهـ.

وَفِي التَّوْضِيحِ: عَنْ أَبِي عِمْرَانَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي شَهَادَةِ السَّمَاعِ عَلَى النِّكَاحِ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجَانِ مُتَّفِقَيْنِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا إِذَا أَنْكَرَ أَحَدُهُمَا فَلَا. اهـ.

وَتَجُوزُ فِي الرَّضَاعِ، وَيَنْبَنِي عَلَيْهِ انْتِشَارُ الْحُرْمَةِ المَذْكُورَةِ فِي بَابِ الرَّضَاعِ.

وَتَجُوزُ فِي الْحَيْضِ، وَيَنْبَنِي عَلَيْهِ الْبُلُوغُ وَالْخُرُوجُ مِنْ الْعِدَّةِ وَغَيْرُ ذَلِكَ.

وَتَجُوزُ فِي المِيرَاثِ، فَيَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا وَارِثُ فُلَانٍ، وَذَلِكَ يَئُولُ إِلَى النَّسَبِ وَالْوَلَاءِ.

وَتَجُوزُ فِي الْوِلَادَةِ، وَمِمَّا يَنْبَنِي عَلَيْهَا أَيْضًا أَنْ تَصِيرَ الْأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ، وَالْخُرُوجُ مِنْ الْعِدَّةِ وَغَيْرُ ذَلِكَ.

وَتَجُوزُ فِي الْإِسْلَامِ، وَيَنْبَنِي عَلَيْهِ أَنْ تَرِثَهُ وَرَثَتُهُ الْمُسْلِمُونَ دُونَ غَيْرِ الْمُسْلِمِينَ، وَفِي الرِّدَّةِ فَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ المَالِ، وَفِي الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ، وَيَنْبَنِي عَلَيْهِمَا قَبُولُ شَهَادَةِ مَنْ عُدِّلَ، وَعَدَمُ قَبُولِهَا مِمَّنْ جُرِحَ.

وَتَجُوزُ فِي الْوَلَاءِ، وَإِنَّ فُلَانًا مُعْتَقٌ لِفُلَانٍ أَوْ مُعْتَقٌ لِأَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ، فَيَرِثُهُ بِذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاصِبٌ مِنْ نَسَبِهِ.

وَتَجُوزُ فِي الرُّشْدِ وَالسَّفَهِ، وَمِمَّا يَنْبَنِي عَلَيْهِمَا إِمْضَاءُ تَصَرُّفَاتِ الرَّشِيدِ وَرَدُّ تَصَرُّفَاتِ المَحْجُورِ عَلَى تَفْصِيلٍ مَذْكُورٍ فِي مَحَلِّهِ، وَتَجُوزُ فِي الْوَصِيَّةِ فَتَثْبُتُ بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ.

قَالَ شَيْخُ شُيُوخِنَا أَبُو الْعَبَّاسِ المَنْجُورِ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ المَنْهَجِ المُنْتَخَبِ:

=عامًا، له (مدخل الشرع الشريف) و(شموس الأنوار وكنوز الأسرار) و(بلوغ القصد والمنى في خواص أسماء الله الحسنى). انظر: الديباج المذهب ٣٢٧، والدرر الكامنة ٤/ ٢٣٧، وشجرة النور ٢١٨، ومعجم المؤلفين ١١/ ٢٨٤.

(١) أحمد بن علي بن عبد الرحمن، أبو العباس المنجور، فقيه مغربي، وُلد ٩٢٦ هـ، له علم بالأدب، أصله من مكناسة، وسكناه ووفاته بفاس، من كتبه (شرح المنهج المنتخب) في فقه المالكية، يُعرف بشرح المنجور، و(مراقي المجد لآيات السعد) و(حاشية على السنوسية الكبرى) في العقائد، وتوفي سنة ٩٩٥ هـ. انظر: الإعلام بمن حل مراكش ٢/ ٣١، ونيل الابتهاج بهامش الديباج ٩٥، ومعجم المؤلفين ٢/ ١٠، وسلوة الانفاس ٣: ٦٠.

وَالمَفْهُومُ مِنْ الْوَصِيَّةِ المَذْكُورَةِ فِي كَلَامِ المُؤَلِّفِ -يَعْنِي: سَيِّدِي عَلِيًّا الزَّقَّاقَ- إِنَّمَا هِيَ الْوَصِيَّةُ بِالمَالِ.

قَالَ شَيْخُ شُيُوخِنَا أَبُو عَبْدِ اللهِ مُحَمَّدُ بْنُ غَازِيٍّ: وَلَمْ أَرَ مَنْ صَرَّحَ بِالْوَصِيَّةِ بِالمَالِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ ابْنُ الْعَرَبِيِّ وَالْقَرَافِيُّ وَالْغِرْنَاطِيُّ لَفْظَ الْوَصِيَّةِ غَيْرَ مُفَسَّرٍ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُمْ قَصَدُوا مَا فِي الْكَافِي مِنْ الْإِيصَاءِ بِالنَّظَرِ، وَبِذَلِكَ فَسَّرَ صَاحِبُ التَّوْضِيحِ الْوَصِيَّةَ فِي النَّظْمِ الَّذِي فِي أَوَّلِهِ: «يَا سَائِلِي عَمَّا يُنَفَّذُ حُكْمُهُ». وَتَجُوزُ أَيْضًا فِي ثُبُوتِ المِلْكِ لِحَائِزِهِ، وَلَا تَنْفَعُ لِغَيْرِ الْحَائِزِ لِضَعْفِهَا؛ وَلِذَلِكَ قَالَ النَّاظِمُ: «المِلْكِ بِيَدٍ».

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «يُقَامُ فِيهِ بَعْدَ طُولِ المَدَدِ». وَقَوْلُهُ: «وَحَبْسٍ جَازَ...» إِلَخْ. فَيَأْتِي بَعْضُ الْكَلَامِ عَلَيْهِ قَرِيبًا إِنْ شَاءَ اللهُ، وَتَجُوزُ فِي الْحَبْسِ الْقَدِيمِ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ: «جَازَ مِنْ السِّنِينَ...» إِلَخْ.

التَّوْضِيحُ: وَلَا تُفِيدُ شَهَادَةُ السَّمَاعِ فِي الْحَبْسِ إِلَّا مَعَ الْقَطْعِ عَلَى المَعْرِفَةِ أَنَّهُ مُحْتَرَمٌ بِحُرْمَةِ الْأَحْبَاسِ. اهـ.

وَتَجُوزُ أَيْضًا فِي عَزْلِ حَاكِمٍ أَوْ تَوْلِيَتِهِ، وَيَنْبَنِي عَلَى تَوْلِيَتِهِ نُفُوذُ حُكْمِهِ، وَعَلَى عَزْلِهِ عَدَمُ نُفُوذِهِ.

وَتَجُوزُ أَيْضًا فِي إِثْبَاتِ ضَرَرِ الزَّوْجَيْنِ، وَيَنْبَنِي عَلَيْهِ التَّطْلِيقُ بِالضَّرَرِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَنْبَنِي عَلَى هَذِهِ الْأُمُورِ.

(تَتْمِيمٌ) قَالَ فِي الْبَابِ الثَّانِي وَالثَّلَاثِينَ مِنْ التَّبْصِرَةِ فِي الْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ: قَالَ ابْنُ رَاشِدٍ: شَهَادَةُ السَّمَاعِ لَهَا ثَلَاثُ مَرَاتِبَ:

المَرْتَبَةُ الْأُولَى: تَقْيِيدُ الْعِلْمِ، وَهِيَ المُعَبَّرُ عَنْهَا بِالتَّوَاتُرِ، كَالسَّمَاعِ بِأَنَّ مَكَّةَ مَوْجُودَةٌ وَمِصْرَ وَنَحْوَ ذَلِكَ، فَهَذِهِ إِذَا حَصَلَتْ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ بِالرُّؤْيَةِ، وَغَيْرِهَا مِمَّا يُفِيدُ الْعِلْمَ.

المَرْتَبَةُ الثَّانِيَةُ: شَهَادَةُ الِاسْتِفَاضَةِ، وَهِيَ تُفِيدُ ظَنًّا قَوِيًّا يَقْرُبُ مِنْ الْقَطْعِ، وَتَرْتَفِعُ عَنْ شَهَادَةِ السَّمَاعِ، مِثْلَ: أَنْ يَشْهَدَ أَنَّ نَافِعًا مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ، وَأَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ هُوَ ابْنُ الْقَاسِمِ، فَيَجُوزُ الِاسْتِنَادُ إِلَيْهَا، وَمِنْهَا إِذَا رُئِيَ الْهِلَالُ رُؤْيَةً مُسْتَفِيضَةً، وَرَآهُ الْجَمُّ الْغَفِيرُ مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ وَشَاعَ أَمْرُهُ فِيهِمْ؛ لَزِمَهُمْ الصَّوْمُ أَوْ الْفِطْرُ مَنْ رَآهُ وَمَنْ لَمْ يَرَهُ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْخَبَرِ المُسْتَفِيضِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَهَادَةٍ عِنْدَ الْحَاكِمِ وَلَا تَعْدِيلٍ. قَالَهُ الطُّرْطُوشِيُّ، وَمِنْهَا اسْتِفَاضَةُ

التَّعْدِيلِ وَالتَّجْرِيحِ وَمَا يَسْتَفِيضُ عِنْدَ الْحَاكِمِ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: مِنَ النَّاسِ مَنْ لَا يَحْتَاجُ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُ الْحَاكِمُ لِإِشْهَارِ عَدَالَتِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَسْأَلُ عَنْهُ لِاشْتِهَارِ جُرْحَتِهِ وَإِنَّمَا يُكْشَفُ عَمَّا يُشْكِلُ، وَمِنْهَا الْقَسَامَةُ بِالسَّمَاعِ بِالِاسْتِفَاضَةِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مِثْلُ أَنْ يَعْدُوَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ فِي سُوقٍ مِثْلِ سُوقِ الْأَحَدِ وَمَا أَشْبَهَهُ فِي كَثْرَةِ النَّاسِ، فَقَطَعَ كُلُّ مَنْ حَضَرَ عَلَيْهِ بِالشَّهَادَةِ، فَرَأَى مَنْ ارْتَضَى مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ ذَلِكَ إِنْ كَثُرَ هَكَذَا وَتَظَاهَرَ بِمَنْزِلَةِ اللَّوْثِ، تَكُونُ فِيهِ الْقَسَامَةُ مِنْ مُعِينِ الْحُكَّامِ.

الْمَرْتَبَةُ الثَّالِثَةُ: شَهَادَةُ السَّمَاعِ، وَهِيَ الَّتِي يَقْصِدُ الْفُقَهَاءُ الْكَلَامَ عَلَيْهِ، وَيَتَعَلَّقُ النَّظَرُ بِصِفَاتِهَا وَشُرُوطِهَا وَمَحِلِّهَا.

فَأَمَّا صِفَاتُهَا بِأَنْ يَقُولُوا: سَمِعْنَا سَمَاعًا فَاشِيًا مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَغَيْرِهِمْ.

وَفِي مُفِيدِ الْحُكَّامِ: وَتَفْسِيرُ شَهَادَةِ السَّمَاعِ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ أَوْ أَرْبَعَةٌ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي ذَلِكَ، أَنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا يَسْمَعُونَ أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ صَدَقَةٌ عَلَى بَنِي فُلَانٍ، وَأَنَّ فُلَانًا مَوْلَى فُلَانٍ قَدْ تَوَاطَأَ ذَلِكَ عِنْدَهُمْ، وَكَثُرَ سَمَاعُهُمْ وَفَشَا حَتَّى لَا يَدْرُونَ وَلَا يُحِيطُونَ مِمَّا سَمِعُوهُ مِنْ كَثْرَةِ مَا سَمِعُوا بِهِ مِنَ النَّاسِ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَغَيْرِهِمْ، وَلَا يَكُونُ السَّمَاعُ أَنْ يَقُولُوا: سَمِعْنَا مِنْ أَقْوَامٍ بِأَعْيَانِهِمْ يُسَمُّونَهُمْ أَوْ يَعْرِفُونَهُمْ؛ إِذْ لَيْسَتْ حِينَئِذٍ شَهَادَةً، بَلْ هِيَ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةِ السَّمَاعِ. اهـ(١).

وَأَمَّا شُرُوطُهَا، فَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهَا فِي الْبَيْتَيْنِ بَعْدُ، وَأَمَّا مَحِلُّهَا، فَقَدْ عَدَّ النَّاظِمُ جُمْلَةً صَالِحَةً، وَزَادَ غَيْرُهُ مَسَائِلَ أُخَرَ، انْظُرْ شِفَاءَ الْغَلِيلِ لِابْنِ غَازِيٍّ.

(تَنْبِيهٌ) قَوْلُهُ: «وَفِي تَمَلُّكٍ لِمِلْكٍ بِيَدِ...» الْبَيْتَيْنِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: قَالَ فِي الْجَوَاهِرِ: إِنَّمَا يَشْهَدُ بِالْمِلْكِ إِذَا طَالَتِ الْحِيَازَةُ، وَكَانَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ فِي الْهَدْمِ وَنَحْوِهِ وَلَا يُنَازِعُهُ أَحَدٌ، وَلَا يُكْتَفَى بِشَهَادَتِهِمْ أَنَّهُ يَحُوزُهَا حَتَّى يَقُولُوا: إِنَّهُ يَحُوزُهَا لِحَقِّهِ وَإِنَّهَا لَهُ مِلْكٌ، وَأَمَّا مَنْ يَشْتَرِي شَيْئًا مِنْ سُوقِ الْمُسْلِمِينَ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشْهَدَ لَهُ بِالْمِلْكِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِي مِنْ غَيْرِ مَالِكٍ.

---

(١) التبصرة ٣/ ١٩٤- ١٩٦.

المَازِرِيُّ: وَالمِلْكُ لَا يَكَادُ يُقْطَعُ بِهِ. وَقَالَ فِي مُخْتَصَرِهِ: وَجَازَتْ بِسَمَاعٍ فَشَا عَنْ ثِقَاتٍ وَغَيْرِهِمْ بِمِلْكٍ لِحَائِزٍ مُتَصَرِّفٍ طَوِيلاً[١].

وَفِي التَّبْصِرَةِ: إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالسَّمَاعِ أَنَّهُ حُبْسٌ عَلَى الْحَائِزِينَ لَهُ وَهُوَ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ، أَوْ يَكُونُ لَا يَدَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ، فَتَشْهَدُ بَيِّنَةٌ بِالسَّمَاعِ أَنَّهُ حُبِسَ عَلَى بَنِي فُلَانٍ أَوْ للهِ تَعَالَى مَا بَقِيَتْ الدُّنْيَا، فَهَذَا الَّذِي تَصِحُّ فِيهِ شَهَادَةُ السَّمَاعِ إِذَا تَطَاوَلَ الزَّمَانُ[٢].

وَفِي المَوَّاقِ مَا نَصُّهُ: تَقَدَّمَ نَصُّ المُدَوَّنَةِ أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى السَّمَاعِ فِي الْأَحْبَاسِ جَائِزَةٌ بِطُولِ زَمَانِهَا. اهـ[٣].

وَفِي حَاشِيَةِ شَيْخِنَا سَيِّدِي أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ عَاشِرٍ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى المُخْتَصَرِ مَا نَصُّهُ قَوْلُهُ: وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ هَذَا الشَّرْطُ عِنْدَ ابْنِ عَرَفَةَ خَاصٌّ بِغَيْرِ المَوْتِ، وَأَمَّا بِالْبُعْدِ فَيُشْتَرَطُ عَدَمُ طُولِ الزَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ مَعَ الطُّولِ تُمْكِنُ الشَّهَادَةُ فِيهِ عَلَى الْقَطْعِ، وَشَهَادَةُ السَّمَاعِ يُشْتَرَطُ فِيهَا كَوْنُ المَشْهُودِ بِهِ بِحَيْثُ لَا يُدْرَكُ بِالْقَطْعِ، قِفْ عَلَى ابْنِ غَازٍ، وَفِي ابْنِ عَرَفَةَ مَا هُوَ صَرِيحٌ أَوْ كَالصَّرِيحِ فِي اخْتِصَاصِ شَرْطِ الطُّولِ بِالْأَحْبَاسِ وَالْأَشْرِيَةِ. اهـ.

وَهَذَا الَّذِي نَسَبَ إِلَيْهِ ابْنُ عَرَفَةَ هُوَ ظَاهِرُ النَّظْمِ، وَفِي الْحَاشِيَةِ المَذْكُورَةِ أَنَّ شَرْطَ طُولِ الزَّمَانِ فِي بَعْضِ المَسَائِلِ كَالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ مُشْكِلٌ. اهـ.

وَشَرْطُهَا اسْتِفَاضَةٌ بِحَيْثُ لَا ... يَحْضُرُ مَنْ عَنْهُ السَّمَاعُ نُقِلَا

مَعَ السَّلَامَةِ مِنِ ارْتِيَابِ ... يُفْضِي إِلَى تَغْلِيطٍ أَوْ إِكْذَابِ

وَيُكْتَفَى فِيهَا بِعَدْلَيْنِ عَلَى ... مَا تَابَعَ النَّاسُ عَلَيْهِ الْعَمَلَا

يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ شَهَادَةِ السَّمَاعِ شَرْطَانِ: أَحَدُهُمَا: الِاسْتِفَاضَةُ؛ وَالثَّانِي: السَّلَامَةُ مِنَ الرِّيبَةِ المُؤَدِّيَةِ إِلَى تَغْلِيطِ الشَّاهِدِ أَوْ تَكْذِيبِهِ، فَالِاسْتِفَاضَةُ هِيَ أَنْ يَكُونَ المَنْقُولُ عَنْهُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَلَا مَحْصُورٍ، كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ: «بِحَيْثُ لَا يَحْضُرُ...» إلَخْ.

قَالَ الْبَاجِيُّ: وَشَرْطُ شَهَادَةِ السَّمَاعِ أَنْ يَقُولُوا: سَمِعْنَا سَمَاعًا فَاشِيًا مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ

---

(١) مختصر خليل ص ٢٢٥.

(٢) التبصرة ٣/١٩٧.

(٣) التاج والإكليل ٦/١٩٤.

وَغَيْرِهِمْ، وَإِلَّا لَمْ تَصِحَّ[١].

قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَقَالَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ، قَالَا: وَلَا يُسَمُّوا مَنْ سَمِعُوا مِنْهُ، فَإِنْ سَمَّوْا خَرَجَتْ مِنْ شَهَادَةِ السَّمَاعِ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَقَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغُ.

وَأَمَّا السَّلَامَةُ مِنَ الرِّيبَةِ بِغَلَطِ الشَّاهِدِ أَوْ كَذِبِهِ، فَيُحْتَرَزُ بِذَلِكَ مِنْ وُجُودِ الرِّيبَةِ، وَمِثَالُهَا مَا حَكَاهُ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ فِي النَّوَادِرِ عَنِ الْمَجْمُوعَةِ لِابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى السَّمَاعِ وَفِي الْقَبِيلِ مِائَةٌ مِنْ أَسْنَانِهِمَا لَا يَعْرِفُونَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا إِلَّا بِأَمْرٍ يَفْشُو وَيَكُونُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنَ اثْنَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا شَيْخَيْنِ كَبِيرَيْنِ قَدْ بَادَ جِيلُهُمَا، فَتَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا، وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ الشَّاطِبِيِّ شَرْطًا لَنَا وَهُوَ: أَنْ يَكُونَ فِيمَا تَقَادَمَ عَهْدُهُ وَطَالَ زَمَانُهُ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يُفْتَقَرْ إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ قَصْدَ الزَّمَانِ مَظِنَّةٌ لِوُجُودِ شَهَادَةِ الْقَطْعِ، إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ فِي الْعَادَةِ شَهَادَةُ الْقَطْعِ كَمَا فِي الضَّرَرِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، قَالَ: وَالتَّحْقِيقُ فِي الطُّولِ الِاسْتِنَادُ إِلَى الْعُرْفِ.

قُلْتُ: وَتَقَدَّمَ قَبْلَ هَذِهِ الْأَبْيَاتِ مُتَّصِلًا بِهَا بَعْضُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الشَّرْطِ.

وَرَابِعًا: وَهُوَ كَثْرَةُ عَدَدِ الشُّهُودِ، فَلَا يُقْتَصَرُ عَلَى رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوجَدْ إِلَّا رَجُلَانِ دَلَّ عَلَى عَدَمِ الِانْتِشَارِ، لَكِنْ لَوْ كَانَا مِنَ الْكِبَرِ، بِحَيْثُ بَادَ جِيلُهُمَا لَزَالَتِ الرِّيبَةُ وَالْعَمَلُ عَلَى الِاكْتِفَاءِ بِعَدْلَيْنِ، كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: «وَيُكْتَفَى فِيهَا...» إِلَخْ.

وَخَامِسًا: وَهُوَ الْعَدَالَةُ فِي هَؤُلَاءِ النَّاقِلِينَ، فَلَا تَكْفِي الْكَثْرَةُ مَا لَمْ تَبْلُغْ مَبْلَغَ التَّوَاتُرِ بِخِلَافِ مَنْ يُنْقَلُ عَنْهُمْ، فَإِنَّ الِانْتِشَارَ كَافٍ لِشَهَادَةِ الْعَادَةِ بِالصِّدْقِ فِي مِثْلِهِ.

وَسَادِسًا: وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ فِيهِ مِنْ شَأْنِهِ الِاشْتِهَارُ، وَأَنْ لَا يَخْتَصَّ بِمَعْرِفَةِ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، كَمَا فِي الْأَنْسَابِ وَالْأَحْبَاسِ الْعَامَّةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْحَبْسِ الْخَاصِّ لِمُعَيَّنٍ، فَإِنَّهُ قَدْ لَا يَشْتَهِرُ اشْتِهَارَ الْحَبْسِ الْعَامِّ، وَلَا بُدَّ فِي نَصِّ الشَّهَادَةِ مِنْ لَفْظِ الِانْتِشَارِ، أَوْ مَا يُفْهِمُ ذَلِكَ الْمَعْنَى.

وَسَابِعًا: وَهُوَ كَوْنُ الِاشْتِهَارِ فِي مَوْضِعِ الشَّيْءِ الْمَشْهُودِ بِهِ، وَزَادَ فِي التَّبْصِرَةِ.

ثَامِنًا: وَهُوَ كَوْنُ الشَّيْءِ الْمَشْهُودِ بِهِ تَحْتَ يَدِ الْمَشْهُودِ لَهُ، إِنَّمَا تَنْفَعُ لِمَنْ الشَّيْءُ فِي يَدِهِ.

---

(١) منح الجليل ٨/ ٤٧٦.

قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ السَّمَاعِ لِمُدَّعِي دَارٍ بِيَدِ غَيْرِهِ وَقَدْ حَازَهَا، وَإِنَّمَا تَجُوزُ لِمَنْ الدَّارُ فِي يَدِهِ.

وَتَاسِعًا: وَهُوَ أَنْ يَحْلِفَ الْمَشْهُودُ لَهُ.

قَالَ ابْنُ مُحْرِزٍ[١]: لَا يُقْضَى لِأَحَدٍ بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ إِلَّا بَعْدَ يَمِينِهِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ السَّمَاعُ مِنْ شَاهِدٍ وَاحِدٍ، وَالشَّاهِدُ الْوَاحِدُ لَا بُدَّ لَهُ مِنَ الْيَمِينِ.

وَعَاشِرًا: وَهُوَ أَنْ لَا يُسَمُّوا الْمَسْمُوعَ مِنْهُمْ، وَإِلَّا كَانَ نَقْلَ شَهَادَةٍ، فَلَا تُقْبَلُ إِذَا كَانَ الْمَقْبُولُ عَنْهُمْ غَيْرَ عُدُولٍ.

قُلْت: وَهَذَا الشَّرْطُ بِعَيْنِهِ هُوَ الَّذِي عَنَى النَّاظِمُ بِالِاسْتِفَاضَةِ.

وَقَالَ بَعْضُ الشُّيُوخِ: شَهَادَةُ السَّمَاعِ إِذَا كَانَ يُنْتَزَعُ بِهَا، فَلَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَى السَّمَاعِ مِنَ الْعُدُولِ، وَإِنْ كَانَتْ لِيُقَرَّ بِهَا فِي يَدِ حَائِزِهَا، فَهَذِهِ يُخْتَلَفُ فِي اشْتِرَاطِ الْعَدَالَةِ فِيهَا.

(تَنْبِيهٌ) مَا تَقَدَّمَ مِنْ حَلِفِ الْمَشْهُودِ لَهُ بِالسَّمَاعِ هُوَ خَاصٌّ بِالدَّعْوَى الَّتِي يَقْطَعُ الْقَائِمُ بِهَا، لَا فِي مِثْلِ دَعْوَى مَوْتِ مَوْرُوثِهِ فِيمَا بَعُدَ مِنَ الْبِلَادِ، فَإِنَّ الْيَمِينَ هُنَا تُضَعَّفُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَحْلِفُ إِلَّا فِيمَا يَعْلَمُهُ الْحَالِفُ عِلْمًا يَقِينِيًّا مِنْ غَيْرِ طَرِيقِ الشَّاهِدِ. وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ إِذَا تَحَقَّقَ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ الشَّاهِدِ، فَيُنْظَرُ فِي إِمْكَانِ تَحَقُّقِ ذَلِكَ هُنَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ. اهـ مِنْ الشَّارِحِ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ: وَقَدْ كُنْت جَمَعْت الشُّرُوطَ الْمَذْكُورَةَ فِي أَبْيَاتٍ فَقُلْت:

شَهَادَةُ السَّمَاعِ فِيمَا عَدَّدُوا	عَامِلَةٌ مَعَ حَلِفٍ وَقَيَّدُوا
حَلِفَهُ بِكَوْنِ مَا ادَّعَاهُ	مُحَقَّقًا عِنْدَهُ لَا امْتَرَاهُ
كَذَا عَدَالَةٌ يَلِي طُولَ الْمَدَا	وَالِانْتِشَارُ مَعَ لَفْظِهِ بَدَا
مَعَ كَوْنِ مَشْهُودٍ بِهِ مِمَّا يُرَى	أَنْ يَسْتَفِيضَ وَيَشِيعَ فِي الْوَرَى
وَكَثْرَةُ الشُّهُودِ ثُمَّ الِانْتِشَارْ	مُعْتَبَرٌ لَدَى مَحَلِّ الِاضْطِرَارْ

---

(١) أبو بكر محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الرحمن الزهري البلنسي، يعرف بابن محرز البلنسي، ولد عام ٥٦٩هـ، توفي ٦٥٥ هـ. شجرة النور الزكية ١/ ١٩٤، وتحفة القادم ١/ ٥٨.

وَلَا بِهَا يُزَالُ مَا يَدُ شَمِلْ وَنَفْيُ تَعْيِينٍ لِمَنْ عَنْهُ نُقِلْ

وَذُو اسْتِفَاضَةٍ كَذَا السَّلَامَهْ مِنْ رِيبَةٍ فَاحْفَظْ وَلَا مَلَامَهْ

قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ:

فصل في مسائل من الشهادة

وَمَــنْ لِطَالِــبٍ بِحَــقٍّ شَــهِدَا ... وَلَمْ يُحَقِّــقْ عِنْــدَ ذَاكَ الْعَــدَدَا

فَمَالِــكٌ عَنْــهُ بِــهِ قَــوْلَانِ ... لِلْحُكْــمِ فِي ذَاكَ مُبَيَّنَــانِ

إِلْغَاؤُهَــا كَأَنَّهَــا لَمْ تُــذْكَرْ ... وَتَرْفَــعُ الــدَّعْوَى يَمِــينُ المُنْكِــرِ

أَوْ يُلْــزَمَ المَطْلُــوبُ أَنْ يُقِــرَّا ... ثُــمَّ يُــؤَدِّي مَــا بِــهِ أَقَــرَّا

بَعْــدَ يَمِينِــهِ وَإِنْ تَجَنَّبَــا ... تَعْيِينًــا أَوْ عَــيَّنَ وَالْحَلْــفَ أَبَــى

كُلِّــفَ مَــنْ يَطْلُبُــهُ التَّعْيِينَــا ... وَهُــوَ لَــهُ إِنْ أَعْمَــلَ الْيَمِينَــا

وَإِنْ أَبَــى أَوْ قَــالَ لَــسْت أَعْــرِفُ ... بَطَــلَ حَقُّــهُ وَذَاكَ الْأَعْــرَفُ

وَمَــا عَــلَى المَطْلُــوبِ إِجْبَــارٌ إِذَا ... مَــا شَــهِدُوا فِي أَصْــلِ مِلْــكٍ هَكَــذَا

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا شَهِدَ الشَّاهِدُ بِحَقٍّ كَدَيْنٍ مَثَلاً وَلَمْ يُحَقِّقْ مِقْدَارَهُ وَعَدَدَهُ، فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ مُبَيَّنَانِ لِلْحُكْمِ فِي ذَلِكَ: أَحَدُهُمَا: إِلْغَاءُ تِلْكَ الشَّهَادَةِ؛ أَيْ: عَدَمُ اعْتِبَارِهَا وَهِيَ كَالْعَدَمِ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى، فَتَرْتَفِعُ وَتُقَابَلُ بِالْيَمِينِ كَسَائِرِ الدَّعَاوَى.

وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمَنْ لِطَالِبٍ بِحَقٍّ شَهِدَا...» الْأَبْيَاتَ الثَّلَاثَةَ. فَ «طَالِبٌ» وَ«بِحَقٍّ» يَتَعَلَّقَانِ بِ «شَهِدَ»، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ «لِطَالِبٍ» بِمَحْذُوفٍ صِفَةٌ «لِطَالِبٍ»، وَفَاعِلُ «يُحَقِّقْ» يَعُودُ عَلَى «مَنْ»، وَالْإِشَارَةُ لِوَقْتِ الشَّهَادَةِ، وَ«بَاءُ» بِهِ ظَرْفِيَّةٌ، وَالضَّمِيرُ لِلْفَرْعِ المَذْكُورِ، وَ«مُبَيَّنَانِ» صِفَةٌ لَقَوْلَانِ، وَ«لِلْحُكْمِ» يَتَعَلَّقُ بِـ«مُبَيَّنَانِ». وَ«إِلْغَاؤُهَا» بَدَلٌ مِنْ «قَوْلَانِ» بَدَلٌ مُفَصَّلٌ مِنْ مُجْمَلٍ، وَ«يَمِينُ» فَاعِلُ «تَرْفَعُ» وَ«الدَّعْوَى» مَفْعُولٌ بِهِ.

الْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ المَطْلُوبَ -أَيْ: المُدَّعَى عَلَيْهِ- يُكَلَّفُ وَيُلْزَمُ بِأَنْ يُقِرَّ بِمَا فِي ذِمَّتِهِ، وَيَحْلِفُ عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ وَيُؤَدِّيهِ لِصَاحِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يُقِرَّ بِشَيْءٍ، أَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَحْلِفْ، فَإِنَّهُ يُرْجَعُ إِلَى الطَّالِبِ، وَيُكَلَّفُ بِأَنْ يُعَيِّنَ مَالَهُ عَلَى المَطْلُوبِ وَيَحْلِفُ عَلَيْهِ، فَإِنْ عَيَّنَهُ وَحَلَفَ عَلَيْهِ لَزِمَ ذَلِكَ المَطْلُوبَ، فَإِنْ امْتَنَعَ الطَّالِبُ مِنَ التَّعْيِينِ أَوْ عَيَّنَ، وَامْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ بَطَلَ حَقُّهُ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَتْ المُطَالَبَةُ بِمَا فِي الذِّمَّةِ كَانَتْ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ كَحَقٍّ فِي دَارٍ أَوْ نَحْوِهَا، فَإِنَّهُ لَا

يُكَلَّفُ بِالتَّعْيِينِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَنْجَرُّ لَهُ ذَلِكَ الْحَقُّ مِنْ إِرْثٍ وَلَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ، لَكِنَّهُ يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ذَلِكَ الشَّيْءِ حَتَّى يَحْلِفَ، وَلَا يُسْجَنَ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ.

وَإِلَى الْقَوْلِ الثَّانِي أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «أَوْ يُلْزَمَ الْمَطْلُوبُ أَنْ يُقِرَّ...» الْأَبْيَاتَ الْأَرْبَعَةَ. وَإِلَى مَسْأَلَةِ مَا إِذَا كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمَا عَلَى الْمَطْلُوبِ...» الْبَيْتَ.

فَقَوْلُهُ: «أَوْ يُلْزَمَ الْمَطْلُوبُ». هُوَ بِنَصَبِ «يُلْزَمَ» عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ: «إِلْغَاؤُهَا» مِنْ بَابِ قَوْلِهِ: وَإِنْ عَلَى اسْمٍ خَالِصٍ فِعْلٌ عُطِفْ... إِلَخْ.

وَ«الْمَطْلُوبُ» نَائِبُ «يُلْزَمَ» مُضَارِعُ أَلْزَمَ، «وَأَنْ يُقِرَّ» مَفْعُولُهُ الثَّانِي، وَفَاعِلُ «يُؤَدِّي» الْمَطْلُوبُ، كَذَا فَاعِلُ تَجَنَّبَ، وَ«الْحَلْفَ» مَفْعُولُ أَبَى، وَفَاعِلُهُ الْمَطْلُوبُ، وَهُوَ بِفَتْحِ الْحَاءِ وَسُكُونِ اللَّامِ.

قَالَ الْجَوْهَرِيُّ: حَلَفَ الرَّجُلُ، أَيْ: أَقْسَمَ، يَحْلِفُ حَلْفًا وَمَحْلُوفًا، وَهُوَ أَحَدُ مَا جَاءَ مِنْ الْمَصَادِرِ عَلَى مَفْعُولٍ، مِثْلَ: الْمَجْلُودِ وَالْمَعْقُولِ وَالْمَعْسُورِ، وَأَحْلَفْتُهُ أَنَا وَحَلَّفْتُهُ وَاسْتَحْلَفْتُهُ كُلُّهُ بِمَعْنًى، وَالْحِلْفُ بِالْكَسْرِ الْعَهْدُ يَكُونُ بَيْنَ الْقَوْمِ، وَقَدْ حَالَفَهُ أَيْ: عَاهَدَهُ، وَتَحَالَفُوا أَيْ: تَعَاهَدُوا. انْتَهَى[(١)].

وَقَوْلُهُ: «كُلِّفَ مَنْ يَطْلُبُهُ التَّعْيِينَا». هُوَ جَوَابُ قَوْلِهِ: «وَإِنْ تَجَنَّبَا» وَضَمِيرٌ، وَهُوَ لِمَا عَيَّنَهُ الطَّالِبُ يَدُلُّ عَلَيْهِ التَّعْيِينُ، وَضَمِيرٌ لَهُ لِمَنْ يَطْلُبُ؛ أَيْ: الطَّالِبُ.

وَقَوْلُهُ: «وَإِنْ أَبَى» أَيْ: مِنْ الْحَلْفِ، وَمَعْنَى هَكَذَا؛ أَيْ: شَهِدُوا بِحَقٍّ وَلَمْ يُعَيِّنُوا قَدْرَهُ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: قَالَ مَالِكٌ فِي الْبَيِّنَةِ تَشْهَدُ بِحَقٍّ لِرَجُلٍ وَيَقُولُونَ: لَا نَعْرِفُ عَدَدَهُ إِلَّا أَنَّا نَشْهَدُ أَنَّهُ بَقِيَ عَلَيْهِ حَقٌّ، فَلْيَقُلْ لِلْمَطْلُوبِ: أَقِرَّ لَهُ بِحَقِّهِ. فَمَا أَقَرَّ بِهِ حَلَفَ عَلَيْهِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، وَإِنْ جُحِدَ قِيلَ لِلطَّالِبِ: إِنْ عَرَفته فَاحْلِفْ عَلَيْهِ وَخُذْهُ، فَإِنْ قَالَ: لَا أَعْرِفُهُ، وَضَاعَتْ كُتُبُ مُحَاسَبَتِي، أَوْ أَعْرِفُهُ وَلَا أَحْلِفُ. فَلْيُسْجَنْ الْمَطْلُوبُ حَتَّى يُقِرَّ بِشَيْءٍ وَيَحْلِفُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ وَلَمْ يَحْلِفْ أُخِذَ مِنْهُ وَحُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ حَقًّا فِي دَارٍ حِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حَتَّى يَحْلِفَ وَلَا يَحْبِسُهُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: فَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ الَّذِي قَدَّمَهُ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ نَصَّ عَلَيْهِ صَاحِبُ الِاسْتِغْنَاءِ،

---

(١) الصحاح للجوهري ٤/١٣٤٦.

وَالثَّانِي هُوَ الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ إِلَّا أَنَّهُ يَظْهَرُ مِنْ قَوْلِ الشَّيْخِ: «بَطَلَ حَقُّهُ». بَعْضُ مُخَالَفَةٍ لِمَا نَقَلَ ابْنُ حَبِيبٍ مِنْ سَجْنِ المَطْلُوبِ إِذَا أَبَى الطَّالِبُ مِنَ الْيَمِينِ، أَوْ قَالَ: لَا أَعْرِفُ الْحَقَّ. إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ، فَاللهُ أَعْلَمُ بِمُسْتَنَدِهِ فِي ذَلِكَ، مَعَ أَنَّ وَجْهَهُ ظَاهِرٌ حَيْثُ يَأْبَى الطَّالِبُ مَعَ الْيَمِينِ مَعَ كَوْنِهِ يَعْرِفُ الْحَقَّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمُنْكِرٌ لِلْخَصْمِ مَا ادَّعَاهُ ... أَثْبَتَ بَعْدُ أَنَّهُ قَضَاهُ

لَيْسَ عَلَى شُهُودِهِ مِنْ عَمَلِ ... لِكَوْنِهِ كَذَّبَهُمْ فِي الْأَوَّلِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ ادُّعِيَتْ عَلَيْهِ دَعْوَى تَسْتَلْزِمُ عِمَارَةَ ذِمَّةٍ بِحَقٍّ مِنَ الْحُقُوقِ الَّتِي تَعْمُرُ بِهَا الذِّمَمُ، فَأَنْكَرَ تِلْكَ الدَّعْوَى وَجَحَدَهَا، فَأَثْبَتَ الطَّالِبُ مَا ادَّعَاهُ عَلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ المَطْلُوبِ بِذَلِكَ، فَأَقَامَ المَطْلُوبُ الْبَيِّنَةَ بِأَنَّهُ قَضَاهُ ذَلِكَ الْحَقَّ، فَإِنَّ بَيِّنَتَهُ عَلَى الْقَضَاءِ لَا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ كَذَّبَ شَهَادَتَهُمْ بِإِنْكَارِهِ الدَّعْوَى.

قَالَ المُتَيْطِيُّ: أَمَّا لَوْ أَنْكَرَ المُعَامَلَةَ فَأَثْبَتَهَا الطَّالِبُ، فَاسْتَظْهَرَ المَطْلُوبُ بِالْبَرَاءَةِ بِدَفْعِهِ، فَإِنَّهُ لَا تُقْبَلُ مِنْهُ بَيِّنَةٌ بَعْدَ إِنْكَارِهِ المُعَامَلَةَ، هَذَا هُوَ المَشْهُورُ وَالمَعْمُولُ بِهِ[١].

وَرَوَى عِيسَى عَنِ ابْنِ نَافِعٍ: تَنْفَعُهُ الْبَرَاءَةُ وَلَا يَضُرُّهُ إِنْكَارُ المُعَامَلَةِ، وَأَمَّا إِنْ قَالَ: لَيْسَ عَلَيَّ شَيْءٌ. فَلَمَّا أَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ بِسَلَفٍ أَوْ بَيْعٍ جَاءَ بِبَرَاءَةٍ وَشُهُودٍ عَلَى الدَّفْعِ، فَإِنَّهُ يَسْقُطُ ذَلِكَ بِالْحَقِّ عَنْهُ قَوْلًا وَاحِدًا. اهـ[٢].

ابْنُ رُشْدٍ: لِأَنَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ: صَدَقْت مَا كَانَ لَك عَلَيَّ دَيْنٌ مِنْ شِرَاءٍ وَلَا مِنْ سَلَفٍ؛ لِأَنِّي كُنْت قَضَيْتُك حَقَّك، وَإِنَّمَا تَكُونُ لَهُ حُجَّةٌ إِذَا مَا قَالَ: مَا أَسْلَفْتَنِي شَيْئًا، وَلَا بِعْتَنِي شَيْئًا. اهـ[٣].

قَالَ ابْنُ الْهِنْدِيِّ: فِي تَوْجِيهِ المَشْهُورِ وَتَضْعِيفِ الشَّاذِّ؛ لِأَنَّ مَنْ كَذَّبَ بَيِّنَةً فَقَدْ أَسْقَطَهَا، وَمَنْ أَوْجَبَ لَهُ سَمَاعَهَا بَعْدَ تَكْذِيبِهِ إِيَّاهَا، فَقَدْ فَتَحَ بَابَ التَّعْنِيتِ وَالتَّشَعُّبِ وَأَعَانَ عَلَيْهِ. اهـ. مِنَ المَوَّاقِ[٤].

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٣٣.
(٢) التاج والإكليل ٦/١٣٣.
(٣) البيان والتحصيل ١٤/١٧٨.
(٤) التاج والإكليل ٦/١٣٣.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ فِي بَابِ الْقَضَاءِ: وَإِنْ أَنْكَرَ مَطْلُوبَ الْمُعَامَلَةِ بِالْبَيِّنَةِ، ثُمَّ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ بِالْقَضَاءِ بِخِلَافِ لَا حَقَّ لَك عَلَيَّ(١).

وَقَالَ فِي بَابِ التَّخْيِيرِ وَالتَّمْلِيكِ: وَقُبِلَ إرَادَةُ الْوَاحِدَةِ بَعْدَ قَوْلِهِ: لَمْ أُرِدْ طَلَاقًا. وَالْأَصَحُّ خِلَافُهُ(٢).

وَقَالَ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ: وَلَوْ أَنْكَرَ الْقَبْضَ فَقَامَتْ الْبَيِّنَةُ فَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالتَّلَفِ كَالْمِدْيَانِ(٣).

وَقَالَ فِي بَابِ الْوَدِيعَةِ: وَبِجَحْدِهَا، ثُمَّ فِي قَبُولِ بَيِّنَةِ الرَّدِّ خِلَافٌ(٤).

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: فَإِنْ ادَّعَى الْمَطْلُوبُ دَفْعَ مَا ثَبَتَ عَلَيْهِ مِنْ الدَّيْنِ بَعْدَ إنْكَارِهِ أَصْلَ الْمُعَامَلَةِ أَوْ السَّلَفِ، لَمْ يُبِحْ لَهُ الْقَاضِي إثْبَاتَ ذَلِكَ، قَدْ كَذَّبَ شُهُودَهُ عَلَى الدَّفْعِ بِإِنْكَارِهِ أَصْلَ الطَّلَبِ، وَبِهَذَا الْقَوْلِ الْقَضَاءُ. اهـ. مِنْ الشَّارِحِ.

ثُمَّ قَالَ: وَقَوْلُ مَنْ مَالَ إلَى قَبُولِ قَوْلِ الْمُنْكِرِ إذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إبْرَائِهِ أَوْضَحُ وَأَرْجَحُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

اللَّخْمِيُّ: اُخْتُلِفَ إذَا أَنْكَرَ الْإِيدَاعَ، فَلَمَّا شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رَدَّهَا فَإِنَّهَا بَيِّنَتُهُ؛ لِأَنَّهُ كَذَّبَهَا بِقَوْلِهِ: مَا أَوْدَعْتَنِي، وَكَذَلِكَ إذَا قَالَ: مَا اشْتَرَيْتُ مِنْك. فَلَمَّا أَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ بِالشِّرَاءِ أَقَامَ هُوَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ بِالدَّفْعِ. وَقِيلَ: يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ جَمِيعًا، وَهُوَ حَسَنٌ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ: أَرَدْت أَنْ لَا أَتَكَلَّفَ بَيِّنَةً(٥).

وَالْمَسْأَلَةُ مِنْ بَابِ الْإِقْرَارِ الْحَاصِلِ بِالتَّضْمِينِ لَا بِالصَّرِيحِ وَفِي إعْمَالِهِ خِلَافٌ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْقَضَاءِ تَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالْمُعَامَلَةِ الَّتِي تَفَرَّعَ الْقَضَاءُ عَنْهَا، وَإِنْكَارُهُ الْمُعَامَلَةَ أَوَّلًا تَكْذِيبٌ لِبَيِّنَةِ الْقَضَاءِ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي أَوَائِلِ نَوَازِلِ الدَّعَاوَى وَالْأَيْمَانِ مِنْ الْمِعْيَارِ: وَسُئِلَ ابْنُ رُشْدٍ عَنْ امْرَأَةٍ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَوَرَثَةً، فَقَامُوا يَطْلُبُونَ الزَّوْجَ بِجِهَازِهَا الَّذِي أَوْرَدَهُ أَبُوهَا

---

(١) مختصر خليل ص ٢٢٠.

(٢) مختصر خليل ص ١٢٠.

(٣) مختصر خليل ص ١٨٢.

(٤) مختصر خليل ص ١٨٧.

(٥) التاج والإكليل ٥/ ٢٥٨، ومنح الجليل ٧/ ٢٣.

بَيْتَ بِنَاءِ الزَّوْجِ المَذْكُورِ بِهَا، فَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ أَوْرَدَ بَيْتَ بِنَائِهِ شَيْئًا، فَاسْتَدْعَوْا بَيِّنَةَ بَعْضِ أَشْيَاءَ، مِنْهَا فَتَقَيَّدَ عَلَيْهِ إِنْكَارُهُ، فَهَلْ يَضُرُّهُ إِنْكَارُهُ وَيَلْزَمُهُ إِحْضَارُ كُلِّ مَا شَهِدَ بِهِ أَنَّهُ وَصَلَ بَيْتَ بِنَائِهِ، أَوْ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ؟ وَلَا يَضُرُّهُ إِنْكَارُهُ إِذْ لَوْ أَقَرَّ بِوُصُولِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ سِوَى الْيَمِينِ أَنَّهُ مَا غَابَ عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ، مَا لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ، حَسْبَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ، وَهُوَ الَّذِي يَظْهَرُ لِي؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ قَامَتْ فِي الْقَضِيَّةِ لَوْ أَقَرَّ بِهَا لَمْ يَلْزَمْهُ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَنْكَرَهَا بِخِلَافِ مَنْ أَنْكَرَ حَقًّا طُلِبَ بِهِ، ثُمَّ لَمَّا ثَبَتَ عَلَيْهِ ادَّعَى الْبَرَاءَةَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِنَفْسِ الثَّبَاتِ قَبْلَ الْإِنْكَارِ أَوْ بَعْدَهُ، فَيُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالْأَدَاءِ، وَهَذَا لَا يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالْأَدَاءِ، وَإِنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ وَوَقَعَ بَيْنَ أَصْحَابِهِ فِيهِ نِزَاعٌ وَرَاقَ مَا ذَكَرْته، فَأَرَدْت مَعْرِفَةَ رَأْيِك الْعَلِيِّ فِي ذَلِكَ، مَأْجُورًا إِنْ شَاءَ اللهُ.

فَأَجَابَ: تَصَفَّحْت سُؤَالَك، وَالَّذِي ظَهَرَ لَك فِيهِ، وَهُوَ الَّذِي أَرَاهُ وَلَا يَصِحُّ عِنْدِي سِوَاهُ، فَلَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ سِوَى الْيَمِينِ أَنَّهُ مَا أَخَذَ مِنْ مَالِهَا شَيْئًا فِي حَيَاتِهَا، وَلَا بَعْدَ وَفَاتِهَا، وَلَا غَابَ عَلَى شَيْءٍ مِنْ تَرِكَتِهَا وَلَا وُجِدَ لَهَا سِوَى مَا أَحْضَرَهُ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ هِيَ أَتْلَفَتْ مَا جُهِّزَتْ بِهِ إِلَيْهِ، أَوْ تَلِفَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهَا. اهـ.

وَفِي ذَوَيْ عَـــدْلٍ يُعَارِضَـــانِ ... مُـــبَرِّزًا أَتَـــى لَهُـــمْ قَـــوْلَانِ

وَبِالــشَّهِيدَيْنِ مُطَــرِّفٌ قَــضَى ... وَالْحَلْـفَ وَالْأَعْـدَلَ أَصْـبَغُ ارْتَـضَى

يَعْنِي إِذَا تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَانِ أَحَدُهُمَا بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، وَالْأُخْرَى بِشَهَادَةِ عَدْلٍ وَاحِدٍ مُبَرِّزٍ أَعْدَلُ مِنْ الشَّاهِدَيْنِ، فَهَلْ تُقَدَّمُ شَهَادَةُ الْعَدْلَيْنِ أَوْ شَهَادَةُ الْعَدْلِ الْمُبَرِّزِ؟ ذَهَبَ مُطَرِّفٌ إِلَى إِعْمَالِ شَهَادَةِ الْعَدْلَيْنِ تَرْجِيحًا لَهَا عَلَى شَهَادَةِ الْعَدْلِ الْمُبَرِّزِ مَعَ الْيَمِينِ.

وَذَهَبَ أَصْبَغُ إِلَى إِعْمَالِ شَهَادَةِ الْمُبَرِّزِ الْأَعْدَلِ، مَعَ يَمِينِ الْقَائِمِ بِهَا.

قَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ يُونُسَ: وَظَاهِرٌ لِابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَعَنْ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا شَاهِدَيْنِ وَالْآخَرُ شَاهِدًا أَعْدَلَ أَهْلِ زَمَانِهِ، وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ فَلْيُقْضَ بِالشَّاهِدَيْنِ، وَكَذَلِكَ رَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهُ يُقْضَى بِشَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ، وَرَوَى عَنْهُ أَبُو زَيْدٍ أَنَّهُ يُقْضَى بِشَهَادَةِ الشَّاهِدِ الْأَعْدَلِ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ دُونَ شَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ وَإِنْ كَانَا عَدْلَيْنِ، وَبِهَذَا أَخَذَ أَصْبَغُ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: بَعْدَ ذِكْرِهِ مَا حَكَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مُطَرِّفٍ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ مِنْ أَنَّ

الشَّاهِدَيْنِ إِذَا كَانَا عَدْلَيْنِ أَحَقُّ مِنَ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الَّذِي هُوَ أَعْدَلُ أَهْلِ زَمَانِهِ وَهُوَ الأَظْهَرُ؛ إِذْ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مَنْ لَا يَرَى الْحُكْمَ بِالشَّاهِدِ مَعَ الْيَمِينِ أَصْلاً، وَمَنْ لَا يَرَى التَّرْجِيحَ بَيْنَ الْبَيِّنَتَيْنِ أَصْلاً، فَالْقَوْلُ بِأَنَّهُ يُقْضَى بِالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ مَعَ يَمِينِ صَاحِبِ الْحَقِّ إِذَا كَانَ أَعْدَلَ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ إِغْرَاقٌ فِي الْقِيَاسِ. اهـ[1].

وَقِــدَمُ التَّــارِيخِ تَــرْجِيحٌ قُبِــلْ ... لَا مَعَ يَدٍ وَالْعَكْسُ عَنْ بَعْضٍ نُقِلْ

وَإِنَّـــمَا يَكُـــونُ ذَاكَ عِنْــــدَمَا ... لَا يُمْكِـــنُ الْجَمْـــعُ لَنَـــا بَيْـــنَهُمَا

يَعْنِي إِذَا تَعَارَضَتْ الْبَيِّنَتَانِ، فَإِنْ أَمْكَنَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا جُمِعَ.

ابْنُ عَرَفَةَ: تَقَرَّرَ صُورَةُ الْجَمْعِ مِثْلَ قَوْلِهَا مَنْ قَالَ لِرَجُلٍ: أَسْلَمْت لَك هَذَا الثَّوْبَ فِي مِائَةِ إِرْدَبٍّ حِنْطَةً. وَقَالَ الآخَرُ: بَلْ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ سِوَاهُ فِي مِائَةِ إِرْدَبٍّ حِنْطَةً. وَأَقَامَا جَمِيعًا الْبَيِّنَةَ، لَزِمَهُ أَخْذُ الثَّلَاثَةِ الْأَثْوَابِ فِي مِائَتَيْ إِرْدَبٍّ. اهـ[2].

وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى التَّرْجِيحِ، وَالتَّرْجِيحُ يَكُونُ بِأَشْيَاءَ مِنْ جُمْلَتِهَا قِدَمُ التَّارِيخِ، فَإِنْ كَانَ تَارِيخُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ أَقْدَمَ، فَهِيَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى حَدِيثَةِ التَّارِيخِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْقَائِمُ بِحَدِيثَةِ التَّارِيخِ حَائِزًا يَتَصَرَّفُ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ فِي مِلْكِهِ بِمَحْضَرِ الْمُدَّعِي، وَلَا عُذْرَ لَهُ فِي سُكُوتِهِ عَنْهُ فَتُقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ كَانَتْ أَحْدَثَ تَارِيخًا؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ بِيَدِهِ يَتَصَرَّفُ فِيهِ، وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ قَاطِعٌ لِحُجَّتِهِ، وَقِيلَ بِعَكْسِ هَذَا الْقَوْلِ، وَإِنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ التَّارِيخُ الْمُتَأَخِّرُ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّ هَذَا يَمْلِكُ الْأَمَةَ مُنْذُ عَامٍ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ لِآخَرَ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مُنْذُ عَامَيْنِ، فَإِنِّي أَقْضِي بِبَيِّنَةِ أَبْعَدِ التَّارِيخَيْنِ إِنْ عُدِّلَتْ، وَإِنْ كَانَتْ الْأُخْرَى أَعْدَلَ، وَلَا أُبَالِي بِيَدِ مَنْ كَانَتْ الْأَمَةُ إِلَّا أَنْ يَحُوزَهَا الْأَقْرَبُ تَارِيخًا بِالْوَطْءِ وَالْخِدْمَةِ وَالِادِّعَاءِ لَهَا بِمَحْضَرِ الْآخَرِ، فَهَذَا يَقْطَعُ دَعْوَاهُ فِيهَا وَفِيهِ أَيْضًا.

عَنْ ابْنِ سَحْنُونٍ: قَالَ أَشْهَبُ فِي عَبْدٍ بِيَدِ رَجُلٍ أَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ عَبْدُهُ مُنْذُ عَامَيْنِ، وَأَقَامَ حَائِزُهُ بَيِّنَةً أَنَّهُ لَهُ مُنْذُ سَنَةٍ: قُضِيَ بِهِ لِصَاحِبِ السَّنَتَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَحُوزَهُ الْآخَرُ عَلَى وَجْهِ الْمِلْكِ بِمَحْضَرِ هَذَا وَعِلْمِهِ فَأَقْضِي لَهُ بِهِ، قَالَ: وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ لَهُ مُنْذُ سَنَةٍ،

---

(١) البيان والتحصيل ١٠/٢٢٩.

(٢) المدونة ٣/٩٤.

وَأَقَامَ الْحَائِزُ بَيِّنَةً أَنَّهُ فِي يَدِهِ مُنْذُ سَنَتَيْنِ وَلَمْ يَشْهَدُوا أَنَّهُ لَهُ؟ قَالَ: أُرَاهُ لِمَنْ شَهِدُوا لَهُ أَنَّهُ لَهُ مُنْذُ سَنَةٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلأَخَرِ بَيِّنَةٌ بِالْحَوْزِ لَهُ عَلَى الْآخَرِ بِوَجْهِ الْمِلْكِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَإِنْ وُرِّخَتَا قُضِيَ لِلأَقْدَمِ، وَإِنْ كَانَتْ الْأُخْرَى أَعْدَلَ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ بِيَدِ أَحَدِهِمَا أَوْ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا أَوْ تَحْتَ يَدِ ثَالِثٍ أَوْ لَا يَدَ عَلَيْهَا. اهـ(١).

فَقَوْلُهُ: وَسَوَاءٌ كَانَتْ تَحْتَ يَدِ أَحَدِهِمَا صَادِقٌ بِهَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَ يَدِ صَاحِبِ التَّارِيخِ الْأَحْدَثِ، فَإِنَّهُ يُقْضَى لِلأَقْدَمِ وَإِنْ كَانَتْ بِيَدِ الْأَحْدَثِ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالْعَكْسُ عَنْ بَعْضٍ نُقِلَ». فَمُرَادُهُ بِالْعَكْسِ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْأَقْدَمِ وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ بِيَدِ صَاحِبِ الْأَحْدَثِ، وَالْمُتَبَادَرُ أَنَّ الْمُرَادَ تَقْدِيمُ ذَاتِ التَّارِيخِ الْأَحْدَثِ عَلَى أَنَّ الْعَكْسَ الْحَقِيقِيَّ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ صَاحِبِ التَّارِيخِ الْأَحْدَثِ، وَلَوْ كَانَ الشَّيْءُ بِيَدِ صَاحِبِ التَّارِيخِ الْأَقْدَمِ، فَاسْتَظْهِرْ عَلَى ذَلِكَ بِالنَّقْلِ.

وَالشَّيْءُ يَدَّعِيهِ شَخْصَانِ مَعَا ... وَلَا يَدٌ وَلَا شَهِيدٌ يُدَّعَى
يُقْسَمُ مَا بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْقَسَمْ ... وَذَاكَ حُكْمٌ فِي السَّوَاءِ مُلْتَزَمْ
فِي بَيِّنَاتٍ أَوْ نُكُولٍ أَوْ يَدِ ... وَالْقَوْلُ قَوْلُ ذِي يَدٍ مُنْفَرِدِ
وَهُوَ لِمَنْ أَقَامَ فِيهِ الْبَيِّنَهْ ... وَحَالَةُ الْأَعْدَلِ مِنْهَا بَيِّنَهْ

يَعْنِي أَنَّ الشَّيْءَ إِذَا ادَّعَاهُ شَخْصَانِ سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ أَصْلاً أَوْ عَرَضًا أَوْ حَيَوَانًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَتَرَجَّحُ بِهِ دَعْوَاهُ عَلَى دَعْوَى صَاحِبِهِ، لَا بِيَدٍ -أَيْ: حَوْزٍ- وَلَا بِشَهَادَةِ شَاهِدٍ وَلَا بِغَيْرِ ذَلِكَ بِوَجْهٍ مِنْ الْوُجُوهِ، وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ جَمِيعَهُ لَهُ، فَإِنَّهُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ بَعْدَ حَلِفِهِمَا، هَذِهِ مَسْأَلَةُ النَّاظِمِ، وَإِلَيْهَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالشَّيْءُ يَدَّعِيهِ شَخْصَانِ مَعَا». إِلَى قَوْلِهِ: «بَعْدَ الْقَسَمِ». إِلَّا أَنَّ ظَاهِرَهُ أَنَّهُ يُقْسَمُ فِي الْحَالِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ فِيهِ تَفْصِيلٌ، فَإِنْ كَانَ يُخْشَى فَسَادُهُ كَالْحَيَوَانِ وَالرَّقِيقِ وَالطَّعَامِ، فَإِنَّهُ يُسْتَأْنَى بِهِ، فَإِنْ يَأْتِيَا بِشَيْءٍ وَخِيفَ عَلَيْهِ قُسِمَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُخْشَى عَلَيْهِ الْفَسَادُ كَالدُّورِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: يُتْرَكُ حَتَّى يَأْتِيَ أَحَدُهُمَا بِأَعْدَلَ مِمَّا أَتَى بِهِ صَاحِبُهُ(٢).

---

(١) منح الجليل ٨/٥٣٦.
(٢) التاج والإكليل ٦/٢١١.

ابْنُ الْقَاسِمِ: إِلَّا أَنْ يَطُولَ الزَّمَانُ، وَلَا يَأْتِيَا بِشَيْءٍ غَيْرَ مَا أَتَيَا بِهِ أَوَّلًا، فَإِنَّهُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ تَرْكَ ذَلِكَ وَوَقْفَهُ ضَرَرٌ قَالَهُ فِي التَّوْضِيحِ(١).

وَأَمَّا إِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا بَعْضَهُ بِالنِّصْفِ الْآخَرِ جَمِيعِهِ، فَإِنْ كَانَ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ لَيْسَ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا بَلْ كَانَ بِيَدِ شَخْصٍ آخَرَ لَا يَدَّعِيهِ لِنَفْسِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ أَصْلاً كَمَا لَوْ تَنَازَعَا فِي عَفْوٍ مِنْ الْأَرْضِ، فَإِنَّهُمَا يَحْلِفَانِ وَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الدَّعْوَى اتِّفَاقًا. قَالَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ.

وَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا مَعًا وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا مِنْ كَوْنِ أَحَدِهِمَا ادَّعَى جَمِيعَهُ وَالْآخَرُ بَعْضَهُ كَالنِّصْفِ، فَقِيلَ: يُقْسَمُ عَلَى قَدْرِ الدَّعْوَى أَيْضًا، وَهُوَ الْمَشْهُورُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ وَسَحْنُونٌ: يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِتَسَاوِيهِمَا فِيهِ فِي الْحِيَازَةِ(٢). قَالَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ أَيْضًا(٣).

وَإِذَا قُلْنَا بِالْقِسْمَةِ عَلَى الدَّعْوَى إِمَّا اتِّفَاقًا أَوْ عَلَى الْمَشْهُورِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَفِي كَيْفِيَّتِهِمَا قَوْلَانِ:

التَّوْضِيحُ: فَقَالَ مَالِكٌ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ: يُسْلَكُ فِيهَا مَسْلَكُ عَوْلِ الْفَرَائِضِ؛ لِتَسَاوِيهِمَا فِي الْمُتَدَاعَى فِيهِ، وَلِتَعَذُّرِ التَّرْجِيحِ، وَصَارَا كَوَرَثَةٍ زَادَتْ الْإِسْهَامُ الْوَاجِبَةُ لَهُمْ عَلَى الْجَمِيعِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ: مَبْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى التَّنَازُعِ، فَمَنْ أَسْلَمَ شَيْئًا لِخَصْمِهِ سَقَطَ حَقُّهُ فِيهِ.

فَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الدَّارَ كَامِلَةً، وَادَّعَى الْآخَرُ نِصْفَهَا، فَعَلَى الْأَوَّلِ: يُعَالُ الْمُدَّعِي النِّصْفَ بِمِثْلِ نِصْفِ اثْنَيْنِ، فَيُقْسَمُ الْمُدَّعَى فِيهِ بَيْنَهُمَا مِنْ ثَلَاثَةٍ، لِمُدَّعِي الْكُلِّ الثُّلُثَانِ، وَعَلَى الثَّانِي: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الْكُلِّ بِالنِّصْفِ، ثُمَّ يُقْسَمُ الْآخَرُ بَيْنَهُمَا. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

وَقَدْ أَطَالَ فِيهَا ابْنُ الْحَاجِبِ وَالتَّوْضِيحُ، فَعَلَيْكَ أَيَّهُمَا إِنْ شِئْتَ، وَذَاكَ حُكْمُ الْإِشَارَةِ لِقِسْمَةِ الْمُدَّعَى فِيهِ؛ أَيْ: قِسْمَتُهُ حُكْمٌ مُلْتَزَمٌ فِي تَسَاوِي الْخَصْمَيْنِ، إِمَّا فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَتَيْنِ كَأَنْ يُقِيمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً مُسَاوِيَةً لِبَيِّنَةِ الْآخَرِ، وَإِمَّا فِي النُّكُولِ عَنْ الْيَمِينِ إِذَا نَكَلَا مَعًا، وَإِمَّا فِي الْحَوْزِ بِحَيْثُ يَكُونُ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا مَعًا، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَذَاكَ حُكْمٌ

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ٢١١.

(٢) الذخيرة ١١/ ٢٨.

(٣) جامع الأمهات ص ٤٨٦.

فِي السَّوَاءِ مُلْتَزَمْ فِي بَيِّنَاتٍ أَوْ نُكُولٍ أَوْ يَدِ». فَالمُرَادُ بِالْيَدِ الْحَوْزُ، فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا فِي الأَوْجُهِ الثَّلاثَةِ بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا.

فَإِنْ كَانَ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ تَحْتَ يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ لِزِيَادَتِهِ عَلَى صَاحِبِهِ بِالْحِيَازَةِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَالْقَوْلُ قَوْلُ ذِي يَدٍ مُنْفَرِدِ». وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا الْفَرْعُ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ، وَهِيَ الَّتِي تُوجِبُ الْحَقَّ مَعَ الْيَمِينِ فِي قَوْلِهِ: «وَالْيَدُ مَعَ مُجَرَّدِ الدَّعْوَى».

فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ غَيْرُ الْحَائِزِ بِتَعَارُضِ دَلِيلِ الْحِيَازَةِ مَعَ الْبَيِّنَةِ بِالمِلْكِ، فَالْبَيِّنَةُ أَعْمَلُ مِنْ دَلِيلِ الْحِيَازَةِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَهُوَ لِمَنْ أَقَامَ فِيهِ الْبَيِّنَةْ». أَيْ لَا لِلْحَائِزِ الَّذِي لَا بَيِّنَةَ لَهُ.

فَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الْحِيَازَةِ وَإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، فَإِنَّهُ يُقْضَى بِأَعْدَلِ الْبَيِّنَتَيْنِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَحَالَةُ الأَعْدَلِ مِنْهَا بَيِّنَهْ». فَإِنْ تَكَافَأَتِ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْعَدَالَةِ قُضِيَ بِالشَّيْءِ لِحَائِزِهِ، وَهَذَا يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ: «وَلَا يَدَ» إِذْ مَفْهُومُهُ أَنَّهُ مَعَ الْيَدِ لَا يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا، بَلْ يَكُونُ لِصَاحِبِ الْيَدِ أَيْ: الْحَوْزُ.

(فَرْعٌ) قَالَ الشَّارِحُ: فَإِنْ اتَّفَقَ الْخَصْمَانِ عَلَى أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَظًّا فِي ذَلِكَ الشَّيْءِ المُتَنَازَعِ فِيهِ لَكِنَّهُمَا يَجْهَلانِهِ، فَهَلْ يَكُونُ مُنْدَرِجًا تَحْتَ الْفِقْهِ الَّتِي تَضَمَّنَتْهُ الأَبْيَاتُ؟ وَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ الأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ فَأَجَابَ: أَمَّا الْقَاعِدَةُ الَّتِي جُهِلَ فِيهَا حَقُّ الْحَبْسِ وَقَدْرُهُ، وَقَدْرُ حَقِّ الْغَيْرِ، فَمَحْمَلُ الاشْتِرَاكِ المَعْلُومِ مَعَ جَهْلِ المِقْدَارِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ عَلَى التَّسْوِيَةِ حَتَّى يَظْهَرَ خِلافُهُ، قَالَ أَبُو فَرَجٍ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

باب اليمين وما يتعلق بها

ابْنُ عَرَفَةَ: وَالْيَمِينُ قَسَمٌ أَوْ الْتِزَامٌ مَنْدُوبٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ بِهِ الْقَرَابَةُ، أَوْ مَا يَلْزَمُ بِإِنْشَاءٍ لَا يَفْتَقِرُ إلَى قَبُولٍ مُعَلَّقٍ بِأَمْرٍ مَقْصُودٍ عَدَمُهُ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «قَسَمٌ». قَالَ جَلَالُ الدِّينِ الدَّمَامِينِيُّ فِي شَرْحِ التَّسْهِيلِ مَا نَصُّهُ: الْقَسَمُ مَصْدَرٌ لَيْسَ بِجَارٍ عَلَى فِعْلِهِ، وَقِيَاسُهُ الْإِقْسَامُ، وَهُوَ فِي عُرْفِ النُّحَاةِ جُمْلَةٌ إنْشَائِيَّةٌ يُؤَكَّدُ بِهَا أُخْرَى، لَا عَلَى جِهَةِ التَّبَعِيَّةِ، وَبِالْقَيْدِ الْأَخِيرِ خَرَجَتْ الْإِنْشَائِيَّةُ الثَّانِيَةُ مِنْ نَحْوِ: أَكْرِمْ زَيْدًا، أَكْرِمْ زَيْدًا. اهـ.

بَيَانُهُ أَنَّ قَوْلَ الْقَائِلِ مَثَلاً: بِاللهِ لَأَفْعَلَنَّ، فَجُمْلَةُ بِاللهِ الَّتِي تَقْدِيرُهَا أُقْسِمُ بِاللهِ جُمْلَةٌ إنْشَائِيَّةٌ أُكِّدَتْ بِهَا الْأُخْرَى الَّتِي هِيَ لَأَفْعَلَنَّ.

وَقَوْلُهُ: «أَوْ الْتِزَامٌ مَنْدُوبٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ بِهِ الْقُرْبَةَ». لَمَّا دَخَلَ فِي قَوْلِهِ: «الْتِزَامٌ مَنْدُوبٌ». النَّذْرُ كُلُّهُ عَلَى صَدَقَةِ دِينَارٍ مَثَلاً أَخْرَجَهُ بِقَوْلِهِ: «غَيْرُ مَقْصُودٍ بِهِ الْقُرْبَةُ». لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالنَّذْرِ الْقُرْبَةُ، وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ فِي الْمِثَالِ الْمَذْكُورِ بِخِلَافِ الْيَمِينِ، وَذَلِكَ كَقَوْلِك: إنْ دَخَلْت الدَّارَ فَعَبْدِي حُرٌّ. فَإِنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ الْقُرْبَةَ الَّتِي هِيَ الْعِتْقُ، وَإِنَّمَا قَصَدَ الِامْتِنَاعَ مِنْ دُخُولِ الدَّارِ، وَ«غَيْرُ» بِالرَّفْعِ صِفَةُ «الْتِزَامٌ».

وَقَوْلُهُ: «أَوْ مَا يَجِبُ بِإِنْشَاءٍ». قَوْلُهُ: «أَوْ مَا يَجِبُ» عَطْفٌ عَلَى «الْتِزَامٌ» فَتَكُونُ أَقْسَامُ الْيَمِينِ ثَلَاثَةً، وَيَجُوزُ عَطْفُهُ عَلَى «مَنْدُوبٌ» مَدْخُولٌ لِلِالْتِزَامِ، وَالْإِنْشَاءُ مَا يَقَعُ بِهِ مَدْلُولُهُ، فَيَشْمَلُ نَحْوَ أَنْتِ طَالِقٌ وَثَوْبِي صَدَقَةٌ، فَأَخْرَجَ الصَّدَقَةَ وَنَحْوَهَا بِقَوْلِهِ: لَا يَفْتَقِرُ إلَى قَبُولٍ؛ لِأَنَّهَا تَفْتَقِرُ إلَى الْقَبُولِ، وَلَفْظُ الْإِنْشَاءِ يَشْمَلُ الْمَنْدُوبَ كَأَنْتَ حُرٌّ، إلَّا أَنَّ هَذَا تَقَدَّمَ، وَهُوَ الْقِسْمُ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ الْيَمِينِ، «أَوْ مَا يَجِبُ بِإِنْشَاءٍ» يَعْنِي مِمَّا لَيْسَ بِمَنْدُوبٍ؛ لِئَلَّا يَتَدَاخَلَ مَعَ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ الْيَمِينِ.

وَقَوْلُهُ: «مُعَلَّقٍ بِأَمْرٍ مَقْصُودٍ عَدَمُهُ» مُعَلَّقٌ بِالْخَفْضِ صِفَةٌ لِإِنْشَاءٍ، وَذَلِكَ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إنْ دَخَلْت الدَّارَ، فَقَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ. الطَّلَاقُ يَجِبُ بِالْإِنْشَاءِ وَلَا يَفْتَقِرُ إلَى قَبُولٍ، وَهُوَ مُعَلَّقٌ بِأَمْرٍ وَهُوَ دُخُولُ الدَّارِ، وَالْمَقْصُودُ عَدَمُ الدُّخُولِ لَا الدُّخُولُ، وَهَذَا الْحَدُّ هُوَ لِلْيَمِينِ مِنْ حَيْثُ هِيَ، وَالْمَقْصُودُ فِي التَّرْجَمَةِ إنَّمَا هِيَ الْيَمِينُ الشَّرْعِيَّةُ الَّتِي تَجِبُ عَلَى الْخَصْمِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: بِاللهِ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ، كَمَا يَقُولُ بَعْدُ: وَبِاللهِ يَكُونُ الْحَلِفُ،

وَالَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالْيَمِينِ؛ أَيْ مِنْ الْأَحْكَامِ كَتَغْلِيظِهَا بِالمَكَانِ وَالزَّمَانِ فِي اللِّعَانِ، وَحَالَةِ الْحَلِفِ مِنْ قِيَامٍ وَاسْتِقْبَالٍ مَثَلاً، وَتَقْسِيمِ الْيَمِينِ وَمَا يُقْلَبُ مِنْهَا وَمَا لَا يُقْلَبُ، وَنَحْوِ ذَلِكَ.

فِي مَسْجِدِ الْجَمْعِ الْيَمِينُ بِالْقَضَا ... فِي رُبُعِ دِينَارٍ فَأَعْلَى تُقْتَضَى

وَمَا لَهُ بَالٌ فَفِيهِ تَخْرُجُ ... إِلَيْهِ لَيْلاً غَيْرُ مَنْ تَبَرَّجُ

وَقَائِمًا مُسْتَقْبِلاً يَكُونُ ... مَنْ اُسْتُحِقَّتْ عِنْدَهُ الْيَمِينُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ وَجَبَتْ لَهُ يَمِينٌ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَأَكْثَرَ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَقْتَضِيَهَا فِي المَسْجِدِ الْجَامِعِ الَّذِي تُصَلَّى فِيهِ الْجُمُعَةُ، وَيُقْضَى عَلَى الَّذِي تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ أَحَبَّ أَمْ كَرِهَ، اللهُمَّ إِلَّا إِذَا رَضِيَ صَاحِبُ الْحَقِّ بِأَنْ يُحَلِّفَهُ فِي غَيْرِ الْجَامِعِ فَلَهُ ذَلِكَ، ثُمَّ إِنْ كَانَ رَجُلاً فَلاَ إِشْكَالَ، وَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً مِمَّنْ تَخْرُجُ نَهَارًا فَكَالرَّجُلِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَخْرُجُ إِلَّا بِاللَّيْلِ خَرَجَتْ لَيْلاً وَحَلَفَتْ فِي الْجَامِعِ فِيمَا لَهُ بَالٌ مِنْ المَالِ، وَفَسَّرَهُ اللَّخْمِيُّ بِالدِّينَارِ فَأَكْثَرَ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ.

وَظَاهِرُ قَوْلِهِ: «وَمَا لَهُ بَالٌ» أَنَّ المَرْأَةَ لَا تَخْرُجُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ، بَلْ فِي أَكْثَرَ كَمَا تَقَدَّمَ عَنْ اللَّخْمِيِّ.

وَفِي التَّوْضِيحِ: ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ الْحَاجِبِ أَنَّهَا تَخْرُجُ لِرُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا.

المَازِرِيُّ: وَهُوَ المَشْهُورُ.

ثُمَّ ذَكَرَ فِي الْبَيْتِ الثَّالِثِ كَيْفِيَّةَ الْحَلِفِ عِنْدَ اقْتِضَاءِ الْيَمِينِ مِنْهُ، فَذَكَرَ أَنَّهُ يَكُونُ قَائِمًا لَا جَالِسًا مُسْتَقْبِلاً لِلْقِبْلَةِ لَا غَيْرَ مُسْتَقْبِلِهَا، وَهَذَا أَيْضًا فِي الْيَمِينِ الَّتِي فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَأَكْثَرَ.

قَالَ الشَّارِحُ: فَالْأَلِفُ وَاللاَّمُ فِي الْيَمِينِ لِلْعَهْدِ، وَالمَعْهُودُ الْيَمِينُ المُتَقَدِّمُ قَرِيبًا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَإِذَا كَانَتْ الْيَمِينُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ فِي الْحُقُوقِ المَالِيَّةِ، إِذَا بَلَغَتْ النِّصَابَ فَأَحْرَى أَنْ تَكُونَ كَذَلِكَ فِي الْحُقُوقِ الْبَدَنِيَّةِ لِحَلِّ الْعِصَمِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: يَحْلِفُ فِي المَسْجِدِ الْجَامِعِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَبْلُغُ رُبْعَ دِينَارٍ فَصَاعِدًا، وَأَمَّا الشَّيْءُ التَّافِهُ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ فِي مَقَامِهِ وَحَيْثُ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَيَحْلِفُونَ قِيَامًا[١].

وَمِنْ المُدَوَّنَةِ: وَكُلُّ شَيْءٍ لَهُ بَالٌ فَإِنَّمَا يَحْلِفُ فِيهِ فِي جَامِعِ بَلَدِهِ فِي أَعْظَمِ مَوَاضِعِهِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةَ، وَلَا يَعْرِفُ مَالِكٌ الْيَمِينَ عِنْدَ المِنْبَرِ إِلَّا مِنْبَرَ النَّبِيِّ ﷺ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَأَكْثَرَ[٢]. اهـ. مِنْ الشَّارِحِ.

زَادَ المَوَّاقُ مَا نَصُّهُ قَالَ ابْنُ وَضَّاحٍ[٣] لِسَحْنُونٍ: إِنَّ ابْنَ عَاصِمٍ كَانَ يُحَلِّفُ النَّاسَ بِالطَّلَاقِ، فَمِنْ أَيْنَ أَخَذَ هَذَا؟ قَالَ: مِنْ قَوْلِ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ: تَحْدُثُ لِلنَّاسِ أَقْضِيَةٌ... إِلَخْ[٤].

قَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ: وَكَانَ سَحْنُونٌ لَا يَقْبَلُ الْوَكِيلَ مِنْ المَطْلُوبِ إِلَّا إِذَا كَانَ مَرِيضًا أَوْ امْرَأَةً، وَيَقْبَلُهُ مِنْ الطَّالِبِ، فَقِيلَ لَهُ: أَلَيْسَ مَالِكٌ كَانَ يَقْبَلُهُ مِنْهُمَا؟ فَقَالَ: قَدْ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ: تَحْدُثُ لِلنَّاسِ أَقْضِيَةٌ... إِلَخْ. اهـ[٥].

وَعَلَى عَدَمِ وُجُوبِ الِاسْتِقْبَالِ كَمَا فِي المُدَوَّنَةِ ذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ، وَالنَّاظِمُ ذَهَبَ عَلَى الْقَوْلِ بِالِاسْتِقْبَالِ لِجَرَيَانِ الْعَمَلِ بِهِ، وَهُوَ قَوْلُ مُطَرِّفٍ وَابْنِ المَاجِشُونِ، وَانْظُرْ مَا تَقَدَّمَ مِنْ التَّحْلِيفِ بِالطَّلَاقِ، اسْتِنَادًا لِقَوْلِ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ تَحْدُثُ لِلنَّاسِ أَقْضِيَةٌ... إِلَخْ. فَإِنَّ الَّذِي يَظْهَرُ أَنَّ المُرَادَ الْأَقْضِيَةُ المُبَاحَةُ الَّتِي يُتَحَيَّلُ بِهَا عَلَى دَفْعِ الظَّالِمِ عَنْ المَظْلُومِ، وَسَدِّ أَوْجُهِ الْحِيَلِ الَّتِي يَسْتَعْمِلُ الْأَلَدُّ الْخَصِمُ، مَعَ كَوْنِ ذَلِكَ عَلَى وَجْهٍ جَائِزٍ شَرْعًا لَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي لَا يَجُوزُ شَرْعًا، فَإِنَّ الْحَلِفَ بِالطَّلَاقِ مَمْنُوعٌ أَوْ مَكْرُوهٌ، لِمَا وَرَدَ أَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ مِنْ أَيْمَانِ الْفُسَّاقِ، وَالْعُقُوبَةُ عَلَى المَعْصِيَةِ بِالمَعْصِيَةِ تَكْثِيرٌ لَهَا، وَذَلِكَ لَا

---

(١) البيان والتحصيل ٩/ ١٨٤.

(٢) المدونة ٤/ ٥.

(٣) محمد بن وضاح بن بزيع، أبو عبد الله، مولى عبد الرحمن بن معاوية ابن هشام، محدث، من أهل قرطبة، ولد سنة ١٩٩ هـ، رحل إلى المشرق، وأخذ عن كثير من العلماء، وعاد إلى الأندلس فحدث مدة طويلة، وانتشر بها عنه علم جم، وصنف كتبًا منها (العباد والعوابد) في الزهد والرقائق، و(القطعان) في الحديث، و(البدع والنهي عنها) و(مكنون السر ومستخرج العلم) في فقه المالكية، و(كتاب فيه ما جاء من الحديث في النظر إلى الله تعالى)، توفي سنة ٢٨٦ هـ. انظر: بغية الملتمس ١٢٣، وفهرسة ابن خير ١٥٠، ولسان الميزان ٥/ ٤١٦، وجذوة المقتبس ص ٨٧، وسير أعلام النبلاء ١٣/ ٤٤٥، وتاريخ علماء الاندلس ٢/ ١٥، وتذكرة الحفاظ ٢/ ٦٤٦، وميزان الاعتدال ٤/ ٥٩، والوافي بالوفيات ٥/ ١٧٤.

(٤) التاج والإكليل ٦/ ٢١٧.

(٥) التاج والإكليل ٦/ ٢١٧.

يَجُوزُ فَانْظُرْ ذَلِكَ، وَلَعَلَّهُ ذَهَبَ عَلَى الْكَرَاهَةِ لِمَسِيسِ الْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ ارْتِكَابًا لِأَخَفِّ الضَّرَرَيْنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا مَنْعُ الْمَطْلُوبِ مِنَ التَّوْكِيلِ فَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ، كَمَا يُصَرِّحُ بِهِ النَّاظِمُ فِي الْوَكَالَةِ: «وَجَازَ لِلْمَطْلُوبِ أَنْ يُوَكِّلاَ...» إِلَخْ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَقَوْلُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ: يَحْلِفُ فِي الْجَامِعِ فِي أَعْظَمِ مَوَاضِعِهِ هُوَ مِمَّا يَجِبُ أَنْ يُلاَحَظَ فِي الْوَقْتِ؛ لِكَوْنِ الْوَاقِعِ لِأَكْثَرِ مُوَثِّقِي الزَّمَانِ أَنَّهُمْ يُحَلِّفُونَ حَيْثُ تَأَتَّى لَهُمْ، وَلَا أَعْلَمُ مُسْتَنَدًا لَهُمْ فِي ذَلِكَ، وَالْغَالِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ جَهْلٌ بِالْفِقْهِ.

وَفِي التَّهْذِيبِ: وَتَخْرُجُ الْمَرْأَةُ فِيمَا لَهُ بَالٌ مِنَ الْحُقُوقِ، فَتَحْلِفُ فِي الْمَسْجِدِ، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَخْرُجُ نَهَارًا فَلْتَخْرُجْ لَيْلاً، وَتَحْلِفُ فِي الْيَسِيرِ فِي بَيْتِهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ تَخْرُجُ، وَيَبْعَثُ الْقَاضِي إِلَيْهَا مَنْ يُحَلِّفُهَا لِصَاحِبِ الْحَقِّ، وَيُجْزِئُ رَجُلٌ وَاحِدٌ، وَأُمُّ الْوَلَدِ مِثْلُ الْحُرَّةِ فِيمَنْ تَخْرُجُ أَوْ لَا تَخْرُجُ[١].

وَتَقَدَّمَ أَنَّ مَنْ وَجَّهَهُ الْقَاضِي لِلتَّحْلِيفِ فَلاَ إِعْذَارَ فِيهِ وَيُجْزِئُ الْوَاحِدُ.

(فَرْعٌ) مَنْ كُلِّفَ فِيمَا لَهُ بَالٌ أَنْ يَحْلِفَ فِي الْمَسْجِدِ الْأَعْظَمِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنَ الْمَوَاضِعِ، فَقَالَ: أَحْلِفُ فِي مَكَانِي. فَهُوَ كَنُكُولِهِ عَنِ الْيَمِينِ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ فِي مَقْطَعِ الْحُقُوقِ غُرِّمَ مَا ادُّعِيَ عَلَيْهِ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: يُرِيدُ بِهِ يَمِينَ الْمُدَّعِي فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ عِنْدَ الْمِنْبَرِ فَهُوَ كَالنَّاكِلِ عَنِ الْيَمِينِ.

قَالَ الشَّارِحُ: يُرِيدُ مَالِكٌ عِنْدَ مِنْبَرِ النَّبِيِّ ﷺ.

(فَرْعٌ) أَفْتَى الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الصَّغِيرُ فِي قَوْمٍ لَا جَامِعَ لَهُمْ، أَنَّهُمْ يَحْلِفُونَ حَيْثُ هُمْ، وَلَا يُجْلَبُونَ إِلَى الْجَامِعِ[٢].

وَأَجَابَ التَّازَغْدَرِيُّ[٣]: أَنَّهُمْ يُجْلَبُونَ إِلَى الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ عَلَى مِقْدَارِ مَسَافَةِ الْجُمُعَةِ[٤]. صَحَّ مِنْ آخِرِ السِّفْرِ الْخَامِسِ مِنَ الْمِعْيَارِ.

---

(١) تهذيب المدونة ٣/٢٤٢.

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك ٤/١٥٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧/٤٩٤.

(٣) أبو القاسم التازغدري المغربي، المالكي، فقيه، مات مقتولاً بعد سنة ٨٣٠ هـ، من آثاره: تعليقة على شرح المدونة لابن الحسن الصغير. انظر: معجم المؤلفين ٨/٩٦، والضوء اللامع ١١/١٤٠.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧/٤٩٤، وقدر المسافة الواجبة للسير ثلاثة أميال وثلث.

وَهْـــيَ وَإِنْ تَعَـــدَّدَتْ فِي الْأَعْـــرَفِ عَـــلَى وِفَـــاقِ نِيَّـــةِ الْمُـــسْتَحْلِفِ

يَعْنِي أَنَّ الْيَمِينَ الْوَاجِبَةَ بِالشَّرْعِ هِيَ الَّتِي يُحْكَمُ بِهَا عَلَى مَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ سِيَاقَ الْكَلَامِ فِي ذَلِكَ «وَإِنْ تَعَدَّدَتْ» أَيْ: تَنَوَّعَتْ إِلَى: يَمِينِ تُهْمَةٍ، وَيَمِينِ قَضَاءٍ، وَيَمِينِ مُنْكِرٍ، وَيَمِينِ كَمَالِ النِّصَابِ، فَإِنَّهَا كُلَّهَا عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ؛ أَيْ: الطَّالِبِ لِلْحَلِفِ، وَهُوَ الْمَحْلُوفُ لَهُ، فَمَنْ طَلَبَ دَيْنَهُ مِنْ غَرِيمِهِ، فَحَلَفَ الْغَرِيمُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عِنْدَهُ، وَنَوَى حَاضِرًا مَثَلاً، فَإِنَّهُ يَحْنَثُ وَلَا تَنْفَعُهُ نِيَّتُهُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَعَبَّرَ الشَّيْخُ بِـ«الأَعْرَفَ» عَلَى قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْمَذْهَبِ.

وَأَمَّا الْيَمِينُ الَّتِي فِي غَيْرِ وَثِيقَةِ حَقٍّ، فَإِنْ كَانَتْ بِاللهِ فَهِيَ عَلَى نِيَّةِ الْحَالِفِ، وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ اللهِ مِنْ طَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ، فَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ: قِيلَ: عَلَى نِيَّةِ الْحَالِفِ، وَقِيلَ: عَلَى نِيَّةِ الْمَحْلُوفِ لَهُ، ثَالِثُهَا: إِنْ تَبَرَّعَ بِهَا فَعَلَى نِيَّتِهِ، وَإِنْ طُلِبَتْ مِنْهُ فَعَلَى نِيَّةِ الْمَحْلُوفِ لَهُ، هَذَا حَاصِلُ مَا عِنْدَ ابْنِ الْحَاجِبِ.

قَالَ الشَّارِحُ مَا حَاصِلُهُ: إِنَّ إِطْلَاقَ النَّاظِمِ فِي كَوْنِ الْيَمِينِ عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ كَلَامَهُ فِي الْيَمِينِ الَّتِي تَجْرِي بَيْنَ يَدَيْ الْحُكَّامِ، وَكُلُّهَا عَلَى وَثِيقَةِ حَقٍّ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَـــا يَقِـــلُّ حَيْـــثُ كَـــانَ يَحْلِـــفُ فِيـــهِ وَبِـــاللهِ يَكُـــونُ الْحَالِـــفُ

يَعْنِي أَنَّ الْحَقَّ تَتَوَجَّهُ بِسَبَبِهِ الْيَمِينُ إِذَا كَانَ أَقَلَّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ، فَإِنَّ مَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَحْلِفُ حَيْثُ كَانَ فِي مَسْجِدٍ أَوْ سُوقٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، يَعْنِي: وَكَيْفَ كَانَ أَيْضًا قَائِمًا، أَوْ جَالِسًا مُسْتَقْبِلاً أَوْ غَيْرَ مُسْتَقْبِلٍ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ: وَيُسْتَحْلَفُ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ قَائِمِينَ مُسْتَقْبِلِي الْقِبْلَةِ، فِي رُبُعِ دِينَارٍ فَأَكْثَرَ فِي الْمَدِينَةِ عِنْدَ مِنْبَرِهِ ﷺ، وَبِغَيْرِهَا فِي مَسْجِدِهِمْ الْأَعْظَمِ، حَيْثُ يُعَظِّمُونَ مِنْهُ عِنْدَ مِنْبَرِهِمْ، وَتِلْقَاءِ قِبْلَتِهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحَقُّ رُبُعَ دِينَارٍ حَلَفُوا جُلُوسًا إِنْ أَحَبُّوا، أَوْ يَحْلِفُ الرَّجُلُ فِي أَقَلَّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ فِي مَكَانِهِ الَّذِي قُضِيَ عَلَيْهِ فِيهِ، وَالْمَرْأَةُ فِي بَيْتِهَا، وَلَا تَخْرُجُ فِي ذَلِكَ. اهـ.

وَالشَّاهِدُ قَوْلُهُ: فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ الْحَقُّ رُبْعَ دِينَارٍ... إِلَخْ. وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمَا يَقِلُّ حَيْثُ كَانَ يَحْلِفُ فِيهِ».

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَبِاللهِ يَكُونُ الْحَلِفُ» فَهُوَ بَيَانٌ لِكَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ، كَانَ الْحَقُّ رُبْعَ دِينَارٍ أَوْ أَقَلَّ، وَفِي تَقْدِيمِ اسْمِ الْجَلالَةِ فِي الْبَيْتِ إِشَارَةٌ إِلَى الْحَصْرِ، وَإِنَّ الْيَمِينَ تَكُونُ بِهَذَا اللَّفْظِ الَّذِي هُوَ اسْمُ الْجَلاَلَةِ لَا بِغَيْرِهِ مِمَّا يَنْعَقِدُ بِهِ الْيَمِينُ فِي غَيْرِ الْحُقُوقِ الشَّرْعِيَّةِ: كَالْقُرْآنِ وَالْمُصْحَفِ، وَأَحْرَى مِمَّا لَا تَنْعَقِدُ بِهِ كَالنَّبِيِّ وَالْكَعْبَةِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْحَالِفُ مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا أَوْ غَيْرَ كِتَابِيٍّ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْيَمِينُ فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَقَطْ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ يُزَادُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ، وَفِي الْقَسَامَةِ وَاللِّعَانِ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ[1].

التَّوْضِيحُ: ظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الاِسْمِ الْمُعَظَّمِ، وَوَصْفِهِ بِالَّذِي لَا إِلَه إِلَّا هُوَ.

الْمَازِرِيُّ: وَالْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ الْمَنْصُوصُ عِنْدَ جَمِيعِ الْمَالِكِيَّةِ أَنَّهُ لَا يَكْتَفِي بِاللهِ فَقَطْ، وَكَذَلِكَ نَصَّ عَلَيْهِ أَشْهَبُ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: وَالَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ مَا أَجْزَأَهُ حَتَّى يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا[2].

وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: الَّذِي يَقْتَضِيهِ قَوْلُ مَالِكٍ الْإِجْزَاءُ إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَاخْتَارَهُ وَاسْتَدَلَّ لَهُ بِلُزُومِ الْكَفَّارَةِ فِي أَحَدِهِمَا بِغَيْرِ خِلافٍ. اهـ.

وَاقْتِصَارُ النَّاظِمِ عَلَى اسْمِ الْجَلاَلَةِ كَأَنَّهُ عَلَى قَوْلِ اللَّخْمِيِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

إِنَّ اللَّخْمِيَّ بَحَثَ مَعَهُ ابْنُ عَرَفَةَ، قَالَ: أَثَرُ تَعْلِيلِ اللَّخْمِيِّ إِجْزَاؤُهَا بِأَنَّهَا يَمِينٌ تُكَفَّرُ، مَا نَصُّهُ: قُلْت لَا يَلْزَمُ مِنْ أَنَّهَا يَمِينٌ تُكَفَّرُ أَنْ تُجْزِئَ فِي الْحُقُوقِ لِاخْتِصَاصِ يَمِينِ الْخُصُومَةِ بِالتَّغْلِيظِ. اهـ[3].

قَالَ الشَّارِحُ: وَمَا قَالَهُ ابْنُ عَرَفَةَ وَاضِحٌ لَا إِشْكَالَ فِيهِ فَتَأَمَّلْهُ. اهـ.

(فَرْعٌ) مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَوَهَبَهُ فَأَنْكَرَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ، فَشَهِدَ لِلْمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَالْيَمِينُ الَّتِي مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ لَا عَلَى الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ: لَا أَحْلِفُ وَيَنْتَفِعُ غَيْرِي. قَالَهُ أَبُو الْحَسَنِ الصَّغِيرُ فِي بَعْضِ فَتَاوِيهِ. اهـ.

وَبَعْضُهُمْ يَزِيدُ فِي الْيَهُودِ ... مُنَزِّلِ التَّوْرَاةِ لِلتَّشْدِيدِ

---

(١) جامع الأمهات ص ٤٨٤.
(٢) منح الجليل ٨/ ٥٦٠.
(٣) منح الجليل ٨/ ٥٥٧.

كَمَا يَزِيدُ فِيهِ لِلتَّثْقِيلِ عَلَى النَّصَارَى مُنَزِّلِ الْإِنْجِيلِ
وَجُمْلَةُ الْكُفَّارِ يَحْلِفُونَ أَيْمَانَهُمْ حَيْثُ يُعَظِّمُونَ

يَعْنِي أَنَّ بَعْضَ أَهْلِ الْمَذْهَبِ زَادَ فِي يَمِينِ الْيَهُودِ بَعْدَ قَوْلِهِ: بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ مُنَزِّلِ التَّوْرَاةِ عَلَى مُوسَى، وَفِي يَمِينِ النَّصَارَى يَزِيدُ عَلَى قَوْلِهِ: بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ مُنَزِّلِ الْإِنْجِيلِ عَلَى عِيسَى. لِقَصْدِ التَّشْدِيدِ عَلَيْهِمْ وَالتَّخْوِيفِ، وَهُوَ مُرَادُهُ بِالتَّثْقِيلِ، وَهَذَا خِلَافُ الْمَشْهُورِ، وَالْمَشْهُورُ أَنْ لَا يَزِيدَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَقُولُ: بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَقَطْ، وَيَكُونُ حَلِفُهُمْ حَيْثُ يُعَظِّمُونَ مِنْ كَنَائِسِهِمْ وَمَوَاضِعِ تَعْظِيمِهِمْ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ فِي تَبْصِرَتِهِ: قَالَ ابْنُ شَعْبَانَ: رَوَى الْوَاقِدِيُّ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: يَحْلِفُ الْيَهُودِيُّ بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ مُنَزِّلِ التَّوْرَاةِ عَلَى مُوسَى، وَالنَّصَارَى بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ مُنَزِّلِ الْإِنْجِيلِ عَلَى عِيسَى، قَالَ: وَمِنَ الْكُفَّارِ مَنْ لَا يَحْلِفُ بِمَا يَحْلِفُ بِهِ الْمُسْلِمُ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ مَا يُقِرُّ بِهِ أَهْلُ التَّوْحِيدِ، وَيَحْتَجُّ بِأَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ الْخُرُوجُ مِنْ دِينِهِ لِيَمِينٍ وَجَبَتْ عَلَيْهِ، فَيُحْتَاطُ عَلَيْهِ حَتَّى يَقُولَ مَا لَيْسَ يُخْرِجُهُ عَنِ الشَّهَادَةِ بِالْحَقِّ، وَلَا يَحْلِفُ بِكُفْرِهِ، قَالَ مُحَمَّدٌ فِي مَجُوسِيَّةٍ أَسْلَمَ زَوْجُهَا فَلَاعَنَتْ فَقَالَتْ: أَقُولُ وَالنَّارِ وَلَا أَحْلِفُ بِاللهِ، فَقَالَ: لَا تَحْلِفُ إِلَّا بِاللهِ. وَأَرَى يَمِينَ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ عَلَى مَا رَوَى الْوَاقِدِيُّ حَسَنًا؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَلَفَ بِذَلِكَ حَلَفَ بِحَقٍّ، وَفِيهِ تَغْلِيظٌ، وَزَادَ فِي يَمِينِ الْيَهُودِيِّ بِاللهِ: الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ؛ لِأَنَّهُمْ يُوَحِّدُونَ، وَفِي يَمِينِ الْمَجُوسِيِّ بِاللهِ إِنْ أَطَاعَ حَسَنٌ مِنْ بَابِ الْيَمِينِ بِالْحَقِّ، وَذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى اسْتِخْرَاجِ الْحَقِّ مِنْهُ، وَيُرْهَبُ بِالْيَمِينِ بِغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُعَظِّمُهُ مِنْ دِينِهِ، وَذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى اسْتِخْرَاجِ مَا طُلِبَ مِنْهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُرْهَبَ عَلَيْهِ بِالْمَوْضِعِ، فَيَحْلِفُ فِي بَيْتِ نَارِهِ، وَيَحْلِفُ الْآخَرُونَ فِي كَنَائِسِهِمْ، وَلَا بَيْنَ الْيَمِينِ بِمَا يُعَظِّمُونَ. اهـ. وَاسْتَشْكَلَ الشَّارِحُ هَذَا الْقَوْلَ.

الْمُدَوَّنَةُ: لَا يَحْلِفُ الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ فِي حَقٍّ أَوْ لِعَانٍ أَوْ غَيْرِهِ إِلَّا بِاللهِ، وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ أَوْ الْإِنْجِيلَ.

ابْنُ مُحْرِزٍ: وَظَاهِرُهَا أَنَّهُمْ لَا يَحْلِفُونَ بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ.

ابْنُ شَبْلُونٍ[1]: لِأَنَّهُمْ لَا يُوَحِّدُونَ وَلَا يُكَلَّفُونَ مَا لَيْسَ مِنْ دِينِهِمْ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ

(١) عبد الخالق بن خلف، قال الشيرازي: تفقه بابن أخي هشام. وكان الاعتماد عليه بالقيروان في الفتوى=

يَحْلِفُونَ الْيَمِينَ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ مِنْهُمْ إِيمَانًا، وَنَصَّ عَلَيْهِ مُتَقَدِّمُو عُلَمَائِنَا، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ اسْتِحْلَافُ المَجُوسِ بِاللهِ وَهُمْ يَنْفُونَ الصَّانِعَ[(١)].

عِيَاضٌ: فَرَّقَ غَيْرُ ابْنِ شَبْلُونٍ بَيْنَ الْيَهُودِ فَأَلْزَمَهُمْ ذَلِكَ لِقَوْلِهِمْ بِالتَّوْحِيدِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمْ[(٢)].

المُدَوَّنَةُ: يَحْلِفُ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى فِي كَنَائِسِهِمْ وَحَيْثُ يُعَظِّمُونَ، وَيَحْلِفُ المَجُوسُ فِي بَيْتِ نَارِهِمْ وَحَيْثُ يُعَظِّمُونَ. اهـ[(٣)].

قَالَ الشَّارِحُ: وَقَدْ كَانَ الْقَاضِي أَبُو عَبْدِ اللهِ بْنُ مَالِكٍ الْآبِدِيُّ -حَفِظَهُ اللهُ- أَيَّامَ اسْتِخْلَافِهِ عَلَى قَضَاءِ الْجَمَاعَةِ بِالْحَضْرَةِ يُغَلِّظُ عَلَى مَنْ فَهِمَ مِنْهُ اللَّدَدَ مِنَ الْيَهُودِ، وَيَطْلُبُ مِنْهُ غَرِيمُهُ ذَلِكَ بِالتَّوْرَاةِ الَّتِي تُسَمِّيهَا الْيَهُودُ بِالْجُلْجَلَةِ فَيَأْمُرُ بِذَلِكَ، وَكَثِيرٌ مَا كَانُوا يَنْكُلُونَ عَنِ الْيَمِينِ بِهَا، وَيُسْتَخْرَجُ الْحَقُّ مِنَ الْبَاطِلِ عِنْدَ ذَلِكَ، بَعْدَ مَا كَانَ ظَاهِرَ الْعَزْمِ عَلَى الْيَمِينِ دُونَهَا، وَلَعَلَّهُ أَخَذَهُ مِنْ رَأْيِ اللَّخْمِيِّ: الْإِرْهَابُ عَلَيْهِمْ بِمَا يُعَظِّمُونَ، بِالْقِيَاسِ عَلَى بَيْتِ نَارِ المَجُوسِيِّ.

وَمَا كَمِثْلِ الدَّمِ وَاللِّعَانِ ... فِيهِ تَحَرِّي الْوَقْتِ وَالمَكَانِ

يَعْنِي أَنَّ مَا كَانَ مِنَ الْأَيْمَانِ فِي الْأُمُورِ الْعِظَامِ، كَمِثْلِ: الدِّمَاءِ وَاللِّعَانِ وَالمَالِ الْعَظِيمِ، فَإِنَّهُ تُغَلَّظُ فِيهِ الْيَمِينُ بِالزَّمَانِ وَالمَكَانِ مَعًا، فَيُزَادُ فِي التَّغْلِيظِ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ عَلَى مَا بَلَغَ رُبْعَ دِينَارٍ اعْتِبَارُ الزَّمَانِ أَيْضًا.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ عَنِ الْبَاجِيِّ: وَقَدْ يُغَلَّظُ بِالزَّمَانِ.

رَوَى ابْنُ كِنَانَةَ فِي كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ: يَتَحَرَّى فِي أَيْمَانِهِمْ فِي المَالِ الْعَظِيمِ وَالدِّمَاءِ وَاللِّعَانِ وَقْتًا يَحْضُرُهُ النَّاسُ فِي المَسَاجِدِ، وَيَجْتَمِعُونَ لِلصَّلَاةِ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ مَالٍ وَحَقٍّ فِي كُلِّ حِينٍ. اهـ[(٤)].

=والتدريس بعد أبي محمد بن أبي زيد رحمه الله، وسمع ابن مسرور الحجام، وألف كتاب (المقصد) وكان يفتي في اللازمة بطلقة واحدة، وتوفي سنة ٣٩١ هـ. انظر: ترتيب المدارك ١/ ٤٥٦، والديباج المذهب ١/ ٩٥، ومعجم المؤلفين ٥/ ١٠٩.

(١) منح الجليل ٨/ ٥٥٨.

(٢) منح الجليل ٨/ ٥٥٨، والتاج والإكليل ٨/ ٥٥٨.

(٣) المدونة ٤/ ٥.

(٤) مواهب الجليل ٨/ ٢٦٩.

وَالمَقْصُودُ فِي الْبَيْتِ التَّغْلِيظُ بِالزَّمَانِ، وَأَمَّا بِالمَكَانِ فَلَيْسَ إِلَّا الجَامِعُ وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَهِـــيَ يَمِــــينُ تُهْمَـــةٍ أَوْ الْقَـــضَا أَوْ مُنْكِــــرٍ أَوْ مَـــعَ شَـــاهِدٍ رِضَـــا

يَعْنِي أَنَّ الْأَيْمَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

الْأَوَّلُ: يَمِينُ التُّهْمَةِ، وَهِيَ اللاَّزِمَةُ فِي الدَّعْوَى غَيْرِ المُحَقَّقَةِ، وَفِي تَوَجُّهِهَا خِلاَفٌ يَأْتِي.

الثَّانِي: يَمِينُ الْقَضَاءِ اسْتَحْسَنَهَا الْفُقَهَاءُ احْتِيَاطًا عَلَى حِفْظِ مَالِ مَنْ لَا يُمْكِنُهُ الدَّفْعُ عَنْ نَفْسِهِ، إِمَّا فِي الْحَالِ كَالْغَائِبِ وَالصَّغِيرِ، أَوْ فِي المَآلِ كَالمَيِّتِ، فَهِيَ لِرَدِّ دَعْوَى مُقَدَّرَةٍ لَا حَاصِلَةٍ؛ أَيْ: فِي مُقَابَلَةِ فَرْضِ دَعْوَى الْغَرِيمِ الْبَرَاءَةَ مِنْ الْحَقِّ، وَكَذَلِكَ يَمِينُ الاِسْتِحْقَاقِ الْوَاجِبَةُ فِي غَيْرِ الْأُصُولِ، فَإِنَّهَا فِي مُقَابَلَةِ فَرْضِ دَعْوَى صَيْرُورَةِ المُسْتَحِقِّ لِلْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ هِبَةً، أَوْ مَا فِي مَعْنَاهَا مِنْ المُسْتَحِقِّ لِلْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ.

قَالَ الشَّارِحُ: أَوَّلَ فَصْلِ أَنْوَاعِ الشَّهَادَةِ.

الثَّالِثُ: يَمِينُ المُنْكِرِ الَّتِي فِي مُقَابَلَةِ دَعْوَى المُدَّعِي مُحَقِّقًا لِدَعْوَاهُ.

الرَّابِعُ: يَمِينُ الْقَائِمِ بِشَهَادَةِ عَدْلٍ وَاحِدٍ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَفَائِدَةُ تَعْدَادِ هَذِهِ الْأَيْمَانِ أَنْ يُمَيِّزَ بَعْضَهَا مِنْ بَعْضٍ لِمَا يَلْحَقُهَا مِنْ الْأَحْكَامِ، مِثْلُ: كَوْنِهَا تُقْلَبُ أَوْ لَا، أَوْ تَجِبُ، أَوْ سِوَى ذَلِكَ مِنْ الْعَوَارِضِ اللاَّحِقَةِ لَهَا حَسْبَمَا يَتَّضِحُ إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَالْأَصْلُ فِي يَمِينِ التُّهْمَةِ وَيَمِينِ الْقَضَاءِ عِنْدَهُمْ الاِسْتِحْسَانُ حَسْبَمَا يَأْتِي لِابْنِ رُشْدٍ وَلِغَيْرِهِ فِيهِمَا.

وَمِنْ أُصُولِ الْفُتْيَا لِابْنِ حَارِثٍ: كُلُّ مَنْ قُضِيَ لَهُ عَلَى غَائِبٍ أَوْ مَيِّتٍ أَوْ طِفْلٍ يَحْلِفُ لَمْ يَقْتَضِ وَلَمْ يَضَعْ وَلَمْ يَحِلَّ، وَهَذِهِ الْيَمِينُ تُسَمَّى يَمِينَ الْقَضَاءِ، وَالْأَصْلُ فِي يَمِينِ المُنْكِرِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». وَالْأَصْلُ فِي الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّ جِبْرِيلَ أَمَرَنِي بِالْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ»[١].

---

(١) جاء الحديث في سنن الترمذي في (كتاب: الأحكام عن رسول الله/باب: ما جاء في اليمين مع الشاهد/حديث رقم: **١٣٤٣**) عن أبي هريرة بلفظ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ». أما=

وَتُهْمَــةٌ إِنْ قَوِيَــتْ بِهَــا تَجِـبْ يَمِــينُ مُتْهُــومٍ وَلَــيْسَ تَنْقَلِــبْ

لَمَّا ذَكَرَ أَقْسَامَ الْيَمِينِ مُجْمَلَةً أَرَادَ الْآنَ ذِكْرَهَا مُفَصَّلَةً، يَذْكُرُ أَحْكَامَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، فَأَخْبَرَ أَنَّ يَمِينَ التُّهْمَةِ تَجِبُ إِنْ قَوِيَتْ التُّهْمَةُ، وَلَا تَجِبُ مَعَ ضَعْفِهَا، وَإِذَا وَجَبَتْ فَلاَ تَنْقَلِبُ عَلَى الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ لَمْ يُحَقِّقْ الدَّعْوَى عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلاَ يُكَلَّفُ بِالْحَلِفِ عَلَى مَا لَمْ يَتَحَقَّقْهُ، فَقَدْ سُئِلَ ابْنُ رُشْدٍ عَنْ يَمِينِ التُّهْمَةِ، فَقَالَ: أَمَّا يَمِينُ التُّهْمَةِ، وَهِيَ الدَّعْوَى الَّتِي لَمْ تُحَقَّقْ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَقَدْ أُخْتُلِفَ فِي لُحُوقِهَا ابْتِدَاءً، وَاخْتُلِفَ إِذَا لَحِقَتْ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا تَلْحَقُ هَلْ تَرْجِعُ أَمْ لَا؟ وَالظَّاهِرُ فِي الْقِيَاسِ أَنْ لَا تَجِبَ الْيَمِينُ إِلَّا بِتَحْقِيقِ الدَّعْوَى لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وَإِيجَابُهَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْأَظْهَرُ إِذَا وَجَبَتْ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا تَجِبُ أَنْ يَحِقَّ الْحَقُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ دُونَ أَنْ تَرْجِعَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي؛ إِذْ لَا يُكَلَّفُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى مَا لَا يَعْرِفُ، وَالَّذِي أَخْتَارُهُ فِي هَذَا أَنْ تَلْحَقَ يَمِينُ التُّهْمَةِ إِذَا قَوِيَتْ، وَتَسْقُطُ إِذَا ضَعُفَتْ، وَلَا تَرْجِعُ إِذَا لَحِقَتْ.

قَالَ الشَّارِحُ: مُعْتَمَدُ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا الْبَيْتِ هُوَ مَا اخْتَارَهُ ابْنُ رُشْدٍ فِي يَمِينِ التُّهْمَةِ.

وَلِلَّتِــي بِهَــا الْقَــضَا وُجُــوبُ فِي حَــقِّ مَــنْ يُعْــدَمُ أَوْ يَغِيــبُ

وَلَا تُعَــادُ هَــذِهِ الْيَمِــينُ بَعْــدُ وَإِنْ مَــرَّ عَلَيْهَــا حِــينُ

اشْتَمَلَ الْبَيْتُ الْأَوَّلُ عَلَى مَسْأَلَةٍ، وَهِيَ بَيَانُ بَعْضِ مَنْ تَجِبُ فِي حَقِّهِ يَمِينُ الْقَضَاءِ، وَالثَّانِي عَلَى مَسْأَلَةٍ أُخْرَى، وَهِيَ إِذَا حَلَفَ يَمِينَ الْقَضَاءِ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ، ثُمَّ تَأَخَّرَ اقْتِضَاؤُهُ لِلدَّيْنِ، فَهَلْ تُعَادُ أَمْ لَا؟

فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى: فَاعْلَمْ أَنَّ الْفُقَهَاءَ أَوْجَبُوا يَمِينَ الْقَضَاءِ عَلَى طَالِبِ مَنْ مَاتَ، وَهُوَ مُرَادُهُ بِمَنْ يُعْدَمُ أَوْ غَابَ احْتِيَاطًا عَلَى أَمْوَالِ هَذَيْنِ الصِّنْفَيْنِ؛ لِكَوْنِهِمَا فِي الْحَالِ لَا يَدْفَعَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا لِامْتِنَاعِ ذَلِكَ مِنْهُمَا، إِمَّا مُطْلَقًا كَالْمَيِّتِ أَوْ مَعَ إِمْكَانِ ذَلِكَ مِنْهُ فِي

=الرواية التي ذكرها المصنف فقد جاءت في السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ١٧٠ (٢١١٦٢)، ومستخرج أبي عوانة ٤/ ٥٧، والمعجم الأوسط ١/ ٢٤٣ (٧٩٦)، والضعفاء ٥/ ٣٥٩ (٢٥٠٠٠) وفي سند تلك الرواية إبراهيم ابن أبي حية ، وهو متروك.

الْمُسْتَقْبَلِ كَالْغَائِبِ وَشِبْهِهِ، فَقَدَّرَ الْفُقَهَاءُ عَلَى فَرْضِ حُضُورِهِمَا أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَضَى غَرِيمَهُ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ، فَإِنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ لَهُ عَلَى غَرِيمِهِ الطَّالِبِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: وَهِيَ إِذَا حَلَفَ هَذِهِ الْيَمِينَ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَا تَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ ثَانِيَةً، وَلَا يُطَالَبُ بِإِعَادَتِهَا، وَإِنْ مَرَّ عَلَى ذَلِكَ حِينٌ وَزَمَانٌ مَا لَمْ يَحْدُثْ مَا يُوجِبُهَا مِنْ اعْتِرَاضِ الشَّكِّ فِي بَاقِي الْحَقِّ، مِثْلَ: مَا عُرِضَ أَوَّلًا، فَإِنَّهَا تَجِبُ ثَانِيًا، وَيُتَصَوَّرُ ذَلِكَ بِعَوْدَةِ الْغَائِبِ مِنْ مَغِيبِهِ، وَإِقَامَتِهِ مُدَّةً بَعْدَ حَلِفِ طَالِبِهِ مَعَهُ فِي مَوْضِعِ الْحُكْمِ، ثُمَّ تَعْرِضُ لَهُ غَيْبَةٌ ثَانِيَةٌ، فَإِنَّ يَمِينَ الْقَضَاءِ تَجِبُ هُنَا؛ لِتَجَدُّدِ مَا يُوجِبُهَا مِنْ الشَّكِّ فِي بَقَاءِ الدَّيْنِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَشَرْطُ الْحُكْمِ عَلَى الْغَائِبِ بِقَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ مَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ، يَمِينُهُ عَلَى بَقَاءِ دَيْنِهِ إِلَى حِينِ الْحُكْمِ لَهُ بِذَلِكَ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ فِي نَوَازِلِهِ: هَذِهِ الْيَمِينُ لَا نَصَّ عَلَى وُجُوبِهَا لِعَدَمِ الدَّعْوَى بِمَا يُوجِبُهَا، إِلَّا أَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ رَأَوْهَا عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِحْسَانِ احْتِيَاطًا لِلْغَائِبِ وَحِفْظًا عَلَى مَالِهِ لِلشَّكِّ فِي بَقَاءِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ أَوْ سُقُوطِهِ عَنْهُ.

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: يَحْلِفُ بِحَيْثُ يَجِبُ الْحَلِفُ قَائِمًا، مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ، مَا قَبَضْت مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ شَيْئًا مِنْ الدَّيْنِ الَّذِي ثَبَتَ لِي عَلَيْهِ عِنْدَ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ صَاحِبِ أَحْكَامِ كَذَا، وَلَا قَبَضْت عَنْهُ شَيْئًا، وَلَا اسْتَحَلْت عَلَى أَحَدٍ، وَلَا أَحَلْت بِهِ أَحَدًا، وَلَا وَهَبْتُهُ لَهُ، وَلَا شَيْئًا مِنْهُ، وَلَا قَدَّمْت أَحَدًا يَقْتَضِيهِ مِنْهُ، وَإِنَّهُ لِبَاقٍ عَلَيْهِ إِلَى يَمِينِي هَذِهِ.

وَأَمَّا الْمَيِّتُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ مَا دَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِصِفَتِهِ، فَإِنَّهُمْ لَا يُقْضَى عَلَيْهِمْ بِالدُّيُونِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِحْلَافِ الطَّالِبِ لَهُمْ؛ لِكَوْنِ الْمَيِّتِ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَدَّعِيَ قَضَاءَ الدَّيْنِ، وَكَذَا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ مَا دَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِصِفَتِهِ، صَحَّ مِنْ الشَّارِحِ.

ثُمَّ نُقِلَ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ: أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ الطَّالِبُ هَذِهِ الْيَمِينَ وَتَأَخَّرَ اقْتِضَاؤُهُ مُدَّةً طَوِيلَةً لِجَمِيعِ مَالِ الْغَائِبِ، وَبَيْعِ عَقَارِهِ لِاحْتِمَالِ سُقُوطِ الدَّيْنِ، فَتُعَادُ الْيَمِينُ كَمَا لَوْ كَانَ الْمَدِينُ حَاضِرًا وَادَّعَى ذَلِكَ عَلَى الطَّالِبِ فَأَحْلَفَهُ، ثُمَّ تَأَخَّرَ تَنْفِيذُ الْقَضَاءِ لِطُولِ بَيْعِ رَبْعِهِ، ثُمَّ ادَّعَى الطَّالِبُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُحَلِّفُهُ ثَانِيًا، إِلَى أَنْ قَالَ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ: وَالصَّوَابُ أَنَّهُ لَا تُعَادُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ. ثُمَّ قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَلَا يُشْبِهُ هَذَا إِذَا كَانَ حَاضِرًا فَادَّعَى أَنَّهُ قَضَاهُ بَعْدَ

ذَلِكَ أَوْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ عَلَيْهِ وَاجِبَةٌ بِنَصِّ قَوْلِهِ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» بِخِلَافِ الْيَمِينِ لِلْغَائِبِ فَلَا نَصَّ عَلَى وُجُوبِهَا. اهـ.

وَإِلَى قَوْلِ ابْنِ رُشْدٍ: إِنَّهُ لَوْ حَلَفَ الطَّالِبُ هَذِهِ الْيَمِينَ... إلَخْ، أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَلَا تُعَادُ هَذِهِ الْيَمِينُ...» الْبَيْتَ. ثُمَّ نَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ مَا نَصُّهُ: وَلَوْ تَأَخَّرَ الْقَضَاءُ بَعْدَ يَمِينِهِ إِلَى أَنْ جَاءَ الْغَائِبُ فَأَقَامَ مَعَهُ مُدَّةً، ثُمَّ غَابَ؛ لَوَجَبَ أَنْ لَا يُقْضَى حَقُّهُ حَتَّى يَحْلِفَ ثَانِيَةً؛ لِأَنَّ الشَّكَّ هُنَا حَاصِلٌ كَمَا كَانَ أَوَّلَ مَرَّةٍ، وَالدَّيْنُ الْمُنَجَّمُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى كُلِّ نَجْمٍ إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ الْغَائِبُ فِي خِلَالِهِ، أَوْ تَبْعُدُ النُّجُومُ بِحَيْثُ يُمْكِنُ أَنَّهُ يُعَدُّ قَبْضُهُ النَّجْمَ الْأَوَّلَ مَضَى فَاقْتَضَى النَّجْمَ الثَّانِيَ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ اقْتَضَاهُ، وَلَا خِلَافَ فِي عَدَمِ حَلِفِهِ ثَانِيَةً إِذَا حَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ لَهُ بِحَقٍّ، وَذَكَرَهُ ابْنُ عَاتٍ، وَقَالَ: السَّائِلُ لَهُ عِيَاضٌ.

قَالَ ابْنُ عَاتٍ: وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْيَمِينَ تَكُونُ قَبْلَ بَيْعِ رَبْعِ الْغَائِبِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَقَدْ كُنْت نَظَرْت فِي مَسْأَلَةِ تَوَجُّهِ الْيَمِينِ بِالظَّنِّ وَهِيَ يَمِينُ التُّهْمَةِ، وَمَسْأَلَةِ تَوَجُّهِ يَمِينِ الْقَضَاءِ نَظَرًا، اقْتَضَى أَنْ قَيَّدْتُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ مَا نَصُّهُ، اُنْظُرْهُ فِيهِ إِنْ شِئْت.

وَلَوْ أَرَادَ النَّاظِمُ التَّنْبِيهَ عَلَى مَسْأَلَةِ ابْنِ رُشْدٍ: وَلَوْ تَأَخَّرَ الْقَضَاءُ بَعْدَ يَمِينِهِ إِلَى أَنْ جَاءَ الْغَائِبُ... إلَخْ، لَزَادَ بَعْدَ قَوْلِهِ: «وَلَا تُعَادُ هَذِهِ الْيَمِينُ...». الْبَيْتَ. فَقَالَ مَثَلًا:

إِلَّا إِذَا مَا حَدَثَ الشَّكُّ الَّذِي ... أَوْجَبَهَا مِنْ أَوَّلَ فَلْتَحْتَذِي

وَيَكُونُ الِاسْتِثْنَاءُ رَاجِعًا لِقَوْلِهِ: «وَلَا تُعَادُ...» إلَخْ.

وَلِلْيَمِينِ أَيُّمَا إِعْمَالِ ... فِيمَا يَكُونُ مِنْ دَعَاوَى الْمَالِ

إِلَّا بِمَا عُدَّ مِنَ التَّبَرُّعِ ... مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْحَالِ عِنْدَ الْمُدَّعِي

وَفِي الْإِقَامَةِ ابْنُ عَتَّابٍ يَرَى ... وُجُوبَهَا لِشُبْهَةٍ مُعْتَبَرَا

وَهَذِهِ الْيَمِينُ حَيْثُ تُوجَبُ ... يَسُوغُ قَلْبُهَا وَمَا إِنْ تُقْلَبُ

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الثَّالِثُ مِنْ أَقْسَامِ الْيَمِينِ، وَهِيَ يَمِينُ الْمُنْكِرِ، فَأَخْبَرَ أَنَّ هَذِهِ الْيَمِينَ لَهَا عَمَلٌ، وَأَثَرٌ فِي دَعَاوَى الْمَالِ، مِمَّا يَقْتَضِي عِمَارَةَ ذِمَّةٍ بَرِيَّةٍ، أَوْ بَرَاءَةَ ذِمَّةٍ مَعْمُورَةٍ، فَتَتَوَجَّهُ

الْيَمِينُ عَلَى المَطْلُوبِ فِي الْوَجْهِ الأَوَّلِ، وَعَلَى الطَّالِبِ فِي الثَّانِي، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ اسْتَثْنَى مِنْ دَعْوَى المَالِ دَعْوَى التَّبَرُّعِ، وَأَنَّهَا لَا تُوجِبُ يَمِينًا، وَذَلِكَ أَنْ يَدَّعِيَ الْإِنْسَانُ عَلَى غَيْرِهِ أَنَّهُ وَهَبَهُ شَيْئًا، أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ، وَأَنْكَرَ مَالِكُ ذَلِكَ الشَّيْءِ أَنْ يَكُونَ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ، فَلاَ يَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ عَلَى المَشْهُورِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «إِلَّا بِمَا عُدَّ مِنْ التَّبَرُّعِ». فَهُوَ مُخْرَجٌ مِنْ قَوْلِهِ: «وَلِلْيَمِينِ أَيُّمَا إِعْمَالِ...». الْبَيْتَ.

وَاحْتَرَزَ بِالتَّبَرُّعِ مِنْ المُعَاوَضَةِ، فَإِنَّهَا تُوجِبُ الْيَمِينَ، ثُمَّ أُخْرِجَ مِنْ دَعْوَى التَّبَرُّعِ الَّتِي تُوجِبُ الْيَمِينَ صُورَةٌ وَاحِدَةٌ، وَهِيَ مَا إِذَا كَانَ الشَّيْءُ المُدَّعَى هِبَتُهُ أَوْ صَدَقَتُهُ تَحْتَ يَدِ المُدَّعِي فِي وَقْتِ الدَّعْوَى، فَإِنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى مَالِكِهِ أَنَّهُ مَا وَهَبَهُ، وَلَا تَصَدَّقَ بِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْحَالِ عِنْدَ المُدَّعِي». فَاسْمُ «يَكُنْ» يَعُودُ عَلَى الشَّيْءِ المُدَّعَى هِبَتُهُ أَوْ صَدَقَتُهُ فِي الْحَالِ، أَيْ حَالِ الدَّعْوَى، وَالمُدَّعِي هُوَ المَوْهُوبُ لَهُ بِزَعْمِهِ، وَلَمَّا دَخَلَ فِي دَعْوَى التَّبَرُّعِ الَّتِي لَا تُوجِبُ الْيَمِينَ دَعْوَى الْإِقَالَةِ.

وَكَانَ ابْنُ عَتَّابٍ يَرَى وُجُوبَ الْيَمِينِ فِيهَا لِشُبْهَةٍ مَا نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي الْإِقَالَةِ...» الْبَيْتَ.

ثُمَّ نَبَّهَ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْيَمِينَ -أَيْ: يَمِينَ الْإِنْكَارِ- حَيْثُ تَتَوَجَّهُ يَجُوزُ قَلْبُهَا تَارَةً، وَذَلِكَ حَيْثُ تَكُونُ الدَّعْوَى مُحَقَّقَةً، وَتَارَةً لَا يَجُوزُ قَلْبُهَا، وَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُحَقَّقَةٍ

وَ«تُوجَبُ» بِفَتْحِ الْجِيمِ مُضَارِعُ أَوْجَبَ، مَبْنِيٌّ لِلنَّائِبِ، وَ«إِنْ» بَعْدَ «مَا» زَائِدَةٌ.

ابْنُ عَرَفَةَ: الْبَاجِيُّ فِي تَرْجَمَةِ مَا يَجُوزُ مِنْ الْعَطِيَّةِ: مَن ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ هِبَةً مُعَيَّنَةً، ظَاهِرُ المَذْهَبِ أَنْ لَا يَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْجَلاَّبِ: عَلَيْهِ الْيَمِينُ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ المُدَّعِي وَأَخَذَهَا، وَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ كَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَيَدَّعِي عَلَى رَبِّهِ أَنَّهُ وَهَبَهُ لَهُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقْسِمَ قَسْمَةً أُخْرَى، إِنْ كَانَتْ الْهِبَةُ بِغَيْرِ يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ، فَلاَ يَمِينَ عَلَى الْوَاهِبِ، وَإِنْ كَانَتْ تَحْتَ يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ، فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ كَانَتْ مُعَيَّنَةً أَوْ فِي الذِّمَّةِ، وَيُصَحِّحُ هَذَا التَّقْسِيمَ أَنَّ مَنْ اسْتَحَقَّ عَرَضًا بِيَدِ رَجُلٍ، لَمْ يُحْكَمْ لَهُ حَتَّى يَحْلِفَ أَنَّهُ مَا بَاعَ وَلَا وَهَبَ.

قَالَ الشَّارِحُ: أَقُولُ مُعْتَمَدُ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ اسْتِثْنَاءُ التَّبَرُّعِ مِنْ الدَّعَاوَى المَالِيَّةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِيَدِ المُدَّعِي، هُوَ مُقْتَضَى مَا ذَكَرَهُ الْبَاجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُقْسِمَ قَسْمَةً أُخْرَى. وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: سُئِلَ ابْنُ رُشْدٍ عَنْ دَعْوَى الْإِقَالَةِ وَنَحْوِهَا، فَقَالَ: مَا هِيَ

مِنْ دَعْوَى المَعْرُوفِ، وَكَانَ بَيْنَ شُيُوخِنَا اخْتِلَافٌ فِي ذَلِكَ، ثُمَّ نُقِلَ عَنْ بَعْضِ شُيُوخِنَا أَنَّ الشَّيْءَ المُدَّعَى فِيهِ إنْ كَانَ بِيَدِ المُدَّعِي، أَوْ كَانَ لَهُ بِهِ تَشَبُّثٌ وَجَبَتْ لَهُ الْيَمِينُ فِي ذَلِكَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِيَدِهِ وَلَا لَهُ بِهِ تَشَبُّثٌ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْيَمِينُ، وَهُوَ تَفْصِيلٌ حَسَنٌ لَهُ وَجْهٌ مِنْ النَّظَرِ، ثُمَّ قَالَ: وَكَانَ ابْنُ عَتَّابٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ: لَا تَجِبُ الْيَمِينُ لِمُدَّعِي الْإِقَالَةَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ فِيهَا، إلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشُبْهَةٍ تُقَوَّى بِهَا دَعْوَاهُ، وَكَذَلِكَ كَانَ صَاحِبُهُ ابْنُ الْقَطَّانِ يُفْتِي أَنْ لَا يَمِينَ فِي ذَلِكَ إلَّا بِشُبْهَةٍ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

وَإِلَى قَوْلِ ابْنِ عَتَّابٍ وَابْنِ الْقَطَّانِ: إلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشُبْهَةٍ. أَشَارَ المُؤَلِّفُ بِقَوْلِهِ: «لِشُبْهَةٍ مُعْتَبِرَا».

وَمُثْبِتٌ لِنَفْسِهِ وَمَنْ نَفَى ... عَنْهَا عَلَى الْبَتَاتِ يُبْدِي الْحَلِفَا

وَمُثْبِتٌ لِغَيْرِهِ ذَاكَ اكْتَفَى ... وَإِنْ نَفَى فَالنَّفْيُ لِلْعِلْمِ كَفَى

يَعْنِي أَنَّ الْحَالِفَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَحْلِفَ عَنْ نَفْسِهِ، أَوْ عَنْ غَيْرِهِ، وَفِي كُلٍّ مِنْ الْوَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يُثْبِتَ بِيَمِينِهِ شَيْئًا أَوْ يَنْفِيَهُ، فَالْأَقْسَامُ أَرْبَعَةٌ: فَإِنْ حَلَفَ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِنَّمَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَتَاتِ، سَوَاءٌ أَثْبَتَ كَمَا إذَا قَامَ لَهُ شَاهِدٌ بِحَقٍّ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدٍ وَيَسْتَحِقُّ، وَيَكُونُ حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ فِي ذِمَّةِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، أَوْ نَفَى كَمَا إذَا كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى غَائِبٍ، أَوْ مَيِّتٍ بِبَيِّنَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَقْتَضِيهِ حَتَّى يَحْلِفَ يَمِينَ الْقَضَاءِ أَنَّهُ مَا قَبَضَ مِنْهُ شَيْئًا، وَإِنْ حَلَفَ عَنْ غَيْرِهِ، فَإِنْ أَثْبَتَ فَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ أَيْضًا، كَمَنْ قَامَ لَهُ شَاهِدٌ بِدَيْنٍ لِأَبِيهِ المَيِّتِ، فَيَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى الْبَتِّ، أَنَّ لِأَبِيهِ قِبَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ ذَلِكَ الدَّيْنُ، وَإِنْ نَفَى فَلَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ بِحَيْثُ يَجْزِمُ بِنَفْيِ مَا نَفَى، وَإِنَّمَا يَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، كَمَا إذَا كَانَ لِأَبِيهِ المَيِّتِ دَيْنٌ عَلَى مَيِّتٍ أَوْ غَائِبٍ، فَيَحْلِفُ يَمِينَ الْقَضَاءِ عَنْ أَبِيهِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ أَبَاهُ اقْتَضَى ذَلِكَ الدَّيْنَ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ، فَيَمِينُهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ لَا عَلَى الْبَتِّ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَظَاهِرُ سِيَاقِهِ أَنَّهُ لِابْنِ يُونُسَ مَا نَصُّهُ: قَالَ مَالِكٌ: يَحْلِفُ فِي دَيْنٍ لِأَبِيهِ المَيِّتِ عَلَى الْبَتِّ، وَلَوْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ عَلَى عِلْمِهِ أَنَّهُ مَا عَلِمَ أَبَاهُ أَنَّهُ قَبَضَ ذَلِكَ الدَّيْنَ.

قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ: وَيَحْلِفُ الْكِبَارُ مَعَ شَاهِدٍ وَالِدِهِمْ عَلَى الْبَتِّ فِي الدَّيْنِ، وَلَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْهُ شَيْئًا، وَلَا قَبَضَهُ قَابِضٌ، فَتَصِيرُ أَوَّلُ الْيَمِينَيْنِ عَلَى الْبَتِّ، وَالثَّانِيَةُ عَلَى الْعِلْمِ.

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ: وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ الَّذِي يَأْتِي بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ فِي حَقٍّ لِأَبِيهِ كَيْفَ يَحْلِفُ؟ أَعَلَى الْبَتِّ أَوْ عَلَى الْعِلْمِ؟ قَالَ: عَلَى الْبَتَاتِ أَنَّهُ حَقٌّ، وَلَكِنْ إنْ جَاءَ بِشَاهِدَيْنِ أُحْلِفَ بِاللهِ أَنَّهُ مَا عَلِمَ أَبَاهُ اقْتَضَاهُ، وَيَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى الْحَقِّ بِالْبَتَاتِ، وَمَعَ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْعِلْمِ.

قَالَ الشَّارِحُ: مَا فِي الْعُتْبِيَّةِ أَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، وَلَا خَفَاءَ أَنَّهَا يَمِينَانِ: أَحَدُهُمَا عَلَى الْبَتِّ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، وَثَانِيهِمَا عَلَى الْعِلْمِ، سَوَاءٌ كَانَتْ مَعَ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ أَوْ مَعَ الشَّاهِدَيْنِ حَسْبَمَا تَقَدَّمَ لِابْنِ كِنَانَةَ. اهـ.

وَنَقَلَ قَبْلَ هَذَا مَا حَاصِلُهُ: أَنَّ الصَّغِيرَ إذَا شَهِدَ لَهُ عَدْلٌ وَاحِدٌ بِحَقِّهِ أَنَّ الْمَطْلُوبَ يَحْلِفُ، وَيَبْقَى الشَّيْءُ بِيَدِهِ، وَيُسَجَّلُ لَهُ بِذَلِكَ سِجِلاً لِيَحْلِفَ إذَا بَلَغَ، ثُمَّ قَالَ: قِيلَ: وَكَيْفَ يَحْلِفُ الصَّبِيُّ عَلَى مَا لَا يَعْلَمُ؟ قَالَ: لَا يَحْلِفُ حَتَّى يَعْلَمَ بِالْخَبَرِ الَّذِي يَتَيَقَّنُ بِهِ، فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ بِذَلِكَ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ أَنَّ هَذَا الْحَقَّ لَحَقٌّ. اهـ.

قَوْلُهُ: «وَمُثْبِتٌ» فِي الْمَوْضِعَيْنِ هُوَ صِفَةٌ لِمَحْذُوفٍ؛ أَيْ: حَالِفٌ مُثْبِتٌ، وَذَلِكَ إشَارَةٌ لِلْبَتَاتِ، وَقَوْلُهُ: «وَإِنْ نَفَى» أَيْ: عَنْ غَيْرِهِ.

وَالْبَالِغُ السَّفِيهُ بَانَ حَقُّهُ ... يَحْلِفُ مَعَ عَدْلٍ وَيَسْتَحِقُّهُ

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنْ أَقْسَامِ الْيَمِينِ، وَهُوَ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ لِكَمَالِ النِّصَابِ، يَعْنِي أَنَّ السَّفِيهَ الْبَالِغَ إذَا بَانَ حَقُّهُ بِشَهَادَةِ عَدْلٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ، وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ.

قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ أَصْبَغَ، قَالَ: سَمِعْتُ ابْنَ الْقَاسِمِ يَقُولُ فِي الَّذِي يَأْتِي بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَى حَقِّهِ وَهُوَ كَبِيرٌ سَفِيهٌ مُوَلًّى عَلَيْهِ قَدْ احْتَلَمَ أَنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ وَإِنْ كَانَ سَفِيهًا، وَلَيْسَ هَذَا مِثْلَ الصَّبِيِّ هَاهُنَا، فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ حَلَفَ الْآخَرُ وَبَرِئَ، وَلَمْ يَسْتَأْنِ بِهِ كَمَا يَسْتَأْنِي بِالصَّغِيرِ، وَقَالَهُ أَصْبَغُ كُلَّهُ، ثُمَّ قَالَ: وَإِنْ نَكَلَ السَّفِيهُ عَنْ الْيَمِينِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَحْلِفُ فِيهِ مَعَهُ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ وَبَرِئَ، وَلَمْ يَكُنْ لِلسَّفِيهِ إذَا رُشْدٌ أَنْ يَحْلِفَ كَالْكَبِيرِ الْمَالِكِ أَمْرَ نَفْسِهِ. اهـ.

وَتُرْجَأُ الْيَمِينُ حُقَّتْ لِلْقَضَا ... لِغَيْرِ بَالِغٍ وَحَقُّهُ اقْتَضَى

يَعْنِي أَنَّ الصَّغِيرَ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ إذَا كَانَ لَهُ حَقٌّ عَلَى مَيِّتٍ أَوْ غَائِبٍ وَنَحْوِهِمَا مِمَّنْ لَا

يُقْتَضَى مِنْهُ إِلَّا بَعْدَ يَمِينِ الْقَضَاءِ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي حَقَّهُ الْوَاجِبَ لَهُ الْآنَ، وَتُرْجَى الْيَمِينُ الْوَاجِبَةُ عَلَيْهِ إِلَى بُلُوغِهِ، فَإِنْ حَلَفَ بَقِيَ حَقُّهُ بِيَدِهِ وَتَمَّ لَهُ الْحُكْمُ بِهِ، وَإِنْ نَكَلَ عَنْهَا رُدَّ الْحَقُّ إِلَى مَنْ أُخِذَ مِنْهُ.

وَقَالَ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: وَمَعْنَى «تُرْجَأُ» تُؤَخَّرُ وَ«حَقَّهُ» مَفْعُولُ «اقْتَضَى».

تَحْصِيلٌ: اعْلَمْ أَنَّ أَقْسَامَ الْيَمِينِ أَرْبَعَةٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالَّذِي تَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ ثَلاَثَةٌ: إِمَّا رَشِيدٌ، أَوْ سَفِيهٌ بَالِغٌ، أَوْ صَغِيرٌ، فَالأَقْسَامُ اثْنَا عَشَرَ مِنْ ضَرْبِ أَرْبَعَةٍ، عِدَّةِ أَقْسَامِ الْيَمِينِ فِي ثَلاَثَةٍ مَنْ تَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ، فَالرَّشِيدُ يَحْلِفُ الأَقْسَامَ الأَرْبَعَةَ

وَالصَّبِيُّ لَا يَحْلِفُ الْآنَ وَاحِدًا مِنْهَا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَأَمَّا يَمِينُ الإِنْكَارِ، وَالتُّهْمَةِ فَلاَ إِشْكَالَ، وَأَمَّا يَمِينُ الْقَضَاءِ، فَذَكَرَ فِي هَذَا الْبَيْتِ أَنَّهَا تُؤَخَّرُ إِلَى بُلُوغِهِ، وَأَمَّا يَمِينُ كَمَالِ النِّصَابِ فَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ بَعْدَ هَذَا الْبَيْتِ حُكْمُ مَا إِذَا شَهِدَ لَهُ عَدْلٌ وَاحِدٌ

وَأَمَّا السَّفِيهُ الْبَالِغُ فَيَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ، كَمَا ذَكَرَ فِي الْبَيْتِ قَبْلَ هَذَا، وَفِي حَلِفِهِ الْآنَ يَمِينُ الْقَضَاءِ، وَتَأْخِيرُهَا لِخُرُوجِهِ مِنْ الْوِلَايَةِ قَوْلَانِ: قَالَ المُتَيْطِيُّ: فِي المَرْأَةِ المُوَلَّى عَلَيْهَا تَقُومُ بِكَالِئِهَا، المَشْهُورُ أَنَّهَا هِيَ الَّتِي تَحْلِفُ. وَأَفْتَى ابْنُ عَتَّابٍ أَنَّهَا تُرْجَى عَلَيْهَا الْيَمِينُ حَتَّى تَخْرُجَ مِنَ الْوِلَايَةِ، لَا يَحْلِفُ يَمِينَ الإِنْكَارِ، ولَا يَمِينَ التُّهْمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ لَمْ يَلْزَمْهُ مَا أَقَرَّ بِهِ، وَالْقَاعِدَةُ أَنَّ الْيَمِينَ إِنَّمَا تَتَوَجَّهُ فِي الدَّعْوَى الَّتِي لَوْ أَقَرَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِهَا انْتَفَعَ المُدَّعِي، وَهَذِهِ لَا يَنْتَفِعُ بِهَا، فَلاَ تُوجِبُ يَمِينًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَحَيْثُ عَدْلٌ لِلصَّغِيرِ شَهِدَا ... بِحَقِّهِ وَخَصْمُهُ قَدْ جَحَدَا

يَحْلِفُ مُنْكِرٌ وَحَقٌّ وَقِفَا ... إِلَى مَصِيرِ خَصْمِهِ مُكَلَّفَا

وَحَيْثُ يُبْدِي المُنْكِرُ النُّكُولَا ... بَلَغَ مَحْجُورٌ بِهِ المَأْمُولَا

يَعْنِي أَنَّ الصَّغِيرَ إِذَا قَامَ لَهُ شَاهِدٌ بِحَقٍّ وَالمَشْهُودُ عَلَيْهِ مُنْكِرٌ، فَإِنَّ المَشْهُودَ عَلَيْهِ يَحْلِفُ أَنْ لَا حَقَّ لِلصَّغِيرِ عِنْدَهُ، فَإِنْ نَكَلَ اقْتَضَى الصَّغِيرُ حَقَّهُ فِي الْحَالِ دُونَ يَمِينٍ، وَلَا يَحْلِفُ إِذَا كَبِرَ، وَإِنْ حَلَفَ بَقِيَ الشَّيْءُ بِيَدِهِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الصَّغِيرُ، وَيَكْتُبَ الْقَاضِي لَهُ بِذَلِكَ عَقْدًا بِمَا صَحَّ عِنْدَهُ مِنْ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ، فَإِنْ بَلَغَ وَحَلَفَ أَخَذَ شَيْأَهُ، وَإِنْ نَكَلَ فَلاَ شَيْءَ لَهُ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَمِنْ كِتَابِ ابْنِ المَوَّازِ: وَإِذَا قَامَ لِلْمَيِّتِ شَاهِدٌ بِدَيْنٍ وَوَارِثُهُ صَغِيرٌ

حَلَفَ المَطْلُوبُ، فَإِنْ حَلَفَ تُرِكَ حَتَّى يَكْبُرَ الصَّبِيُّ فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ، وَإِنْ نَكَلَ -أَيْ: بَعْدَ بُلُوغِهِ- لَمْ يَحْلِفْ المَطْلُوبُ ثَانِيَةً، وَإِنْ نَكَلَ المَطْلُوبُ أَوْ لَا غُرِّمَ، وَيَكْتُبُ الْقَاضِي بِذَلِكَ قَضِيَّتَهُ، وَيُشْهِدُ عَلَى مَا ثَبَتَ عِنْدَهُ مِنْ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ؛ لِيُنَفِّذَهُ مِنْ بَعْدِهِ إِنْ مَاتَ الشَّاهِدُ، وَإِنْ شَارَكَهُ وَارِثٌ كَبِيرٌ حَلَفَ الْكَبِيرُ وَاسْتَحَقَّ قَدْرَ حِصَّتِهِ وَأُحْلِفَ المَطْلُوبُ، فَإِنْ نَكَلَ عُجِّلَ حَقُّ الطِّفْلِ إِنْ كَانَ حَالًّا، ثُمَّ لَا يَمِينَ عَلَى الصَّغِيرِ بَعْدَ كِبَرِهِ كَحُكْمٍ نَفَذَ[١].

ثُمَّ نَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ خِلَافًا فِي تَوْقِيفِ الْحَقِّ فَقَالَ: فَعَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ هَذَا لَا يَجِبُ تَوْقِيفُ الدَّيْنِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ إِذَا حَلَفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ أُخِذَ مِنْهُ الدَّيْنُ، فَيُوقَفُ حَتَّى يَكْبَرَ الصَّغِيرُ فَيَحْلِفُ وَيَأْخُذُهُ، وَمَعْنَى ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ غَنِيًّا وَخِيفَ الْعُدْمُ، وَهُوَ فِي الْقِيَاسِ صَحِيحٌ إِذًا، وَكَانَ المُدَّعَى فِيهِ شَيْئًا بِعَيْنِهِ لَوَجَبَ تَوْقِيفُهُ أَوْ بَيْعُهُ، وَتَوْقِيفُ ثَمَنِهِ إِنْ خُشِيَ عَلَيْهِ، عَلَى مَا يَأْتِي لِابْنِ الْقَاسِمِ فِي سَمَاعِ مُحَمَّدِ بْنِ غَالِبٍ إِذَا وُقِفَ الدَّيْنُ أَوْ الْعَرَضُ، فَضَمَانُهُ مِنْ الصَّبِيِّ إِنْ حَلَفَ، وَمِنْ الْغَرِيمِ إِنْ نَكَلَ وَلَمْ يَحْلِفْ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: لَا اخْتِلَافَ فِي أَنَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ إِذَا نَكَلَ يُغَرَّمُ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّغِيرِ إِذَا بَلَغَ أَنْ يَحْلِفَ؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ كَالْإِقْرَارِ[٢].

(فَرْعٌ) وَكَذَلِكَ وَكِيلُ الْغَائِبِ يُقِيمُ شَاهِدًا وَاحِدًا عَلَى حَقِّ الْغَائِبِ، فَيُقْضَى عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِالْيَمِينِ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ الْغَائِبُ فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ، وَإِنْ نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ غُرِّمَ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الْغَائِبِ إِذَا قَدِمَ أَنْ يَحْلِفَ. اهـ.

وَقَدْ ذَهَبَ النَّاظِمُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ الْجَارِي عَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ مِنْ عَدَمِ التَّوْقِيفِ؛ لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ: «وَحَقٌّ وُقِفَا» أَيْ: بِيَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَظَاهِرُهُ كَانَ دَيْنًا أَوْ شَيْئًا مُعَيَّنًا، كَانَ المُدَّعَى عَلَيْهِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا، وَبِهِ صَرَّحَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ، حَيْثُ قَالَ: وَحَلَفَ مَطْلُوبٌ لِيُتْرَكَ بِيَدِهِ وَيُسَجَّلَ لِيَحْلِفَ إِذَا بَلَغَ[٣].

(فَرْعٌ) فِي الْعُتْبِيَّةِ يُشْبِهُ مَا تَقَدَّمَ، قَالَ أَشْهَبُ فِي المَيِّتِ يَثْبُتُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَيَجِدُ وَصِيُّهُ شَاهِدًا بِالْبَرَاءَةِ مِنْهُ وَالْوَرَثَةُ صِغَارٌ: فَيَحْلِفُ الطَّالِبُ أَنَّهُ مَا قَبَضَ، فَإِنْ حَلَفَ دُفِعَ إِلَيْهِ

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٩٧.
(٢) البيان والتحصيل ١٠/٤٥.
(٣) مختصر خليل ٢٢٥.

المَالُ الْآنَ، فَإِذَا كَبِرَ الصِّغَارُ حَلَفُوا وَاسْتَرْجَعُوا المَالَ.

وَالْبِكْرُ مَعَ شَاهِدِهَا تَحَلَّفُ ... وَفِي ادِّعَاءِ الْوَطْءِ أَيْضًا تَحْلِفُ

وَفِي سِوَى المَشْهُورِ يَحْلِفُ الْأَبُ ... عَنْ ابْنِهِ وَحَلْفُ الابْنِ مَذْهَبُ

يَعْنِي أَنَّ الْبِكْرَ الْبَالِغَ إِذَا قَامَ لَهَا شَاهِدٌ بِحَقٍّ، فَإِنَّهَا تَحْلِفُ مَعَهُ وَتَسْتَحِقُّ، وَهَذَا كَمَا تَقَدَّمَ فِي السَّفِيهِ الْبَالِغِ، حَيْثُ قَالَ: «وَالْبَالِغُ السَّفِيهُ...» الْبَيْتَ. وَكَذَلِكَ أَيْضًا إِذَا خَلاَ بِهَا الزَّوْجُ خَلْوَةَ اهْتِدَاءٍ وَادَّعَتْ الْوَطْءَ وَأَنْكَرَهُ الزَّوْجُ، فَإِنَّ خَلْوَتَهُ بِهَا شَاهِدٌ عُرْفِيٌّ يَشْهَدُ لَهَا، فَتَحْلِفُ مَعَهُ وَتَسْتَحِقُّ الصَّدَاقَ كَامِلاً.

وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا فِي قَوْلِهِ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ الشَّهَادَةِ، وَهِيَ الَّتِي تُوجِبُ الْحَقَّ مَعَ الْيَمِينِ «وَهَا هُنَا عَنْ شَاهِدٍ...» الْبَيْتَ. وَعَلَى هَاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ اشْتَمَلَ الْبَيْتُ الْأَوَّلُ.

قَالَ ابْنُ سَهْلٍ فِي أَحْكَامِهِ عَنْ ابْنِ لُبَابَةَ: إِنَّ الْعَوَاتِقَ الْأَبْكَارَ لَا يَمِينَ عَلَى مَنْ لَمْ تَطْلُقْ مِنْهُنَّ مِنْ الْوِلَايَةِ إِلَّا فِي شَيْءٍ يَكُونُ لَهُنَّ بِهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَإِنَّهُنَّ يَحْلِفْنَ كَمَا يَحْلِفُ السَّفِيهُ، وَفِي مِثْلِ ادِّعَائِهِنَّ عَلَى الْأَزْوَاجِ الْوَطْءَ. اهـ.

وَأَمَّا الْبَيْتُ الثَّانِي فَقَدْ اسْتَدْرَكَ فِيهِ قَوْلَيْنِ آخَرَيْنِ فِي مَسْأَلَةِ الصَّبِيِّ يَقُومُ لَهُ شَاهِدٌ بِحَقٍّ، فَقَدْ قَدَّمَ فِيهِ قَوْلًا وَاحِدًا هُوَ المَشْهُورُ فِي قَوْلِهِ: «يَحْلِفُ مُنْكِرٌ وَحَقٌّ وَقْفَا...» الْبَيْتَ. وَذَكَرَ هُنَا قَوْلَيْنِ آخَرَيْنِ مُقَابِلَيْنِ لِلْمَشْهُورِ، وَلِذَلِكَ قَالَ: «وَفِي سِوَى المَشْهُورِ» أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْأَبَ يَحْلِفُ عَنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ، الثَّانِي: أَنَّ الصَّبِيَّ هُوَ الَّذِي يَحْلِفُ.

قَالَ الشَّارِحُ: قَوْلُهُ: «وَحَلِفُ الابْنِ مَذْهَبٌ» يَعْنِي بِهِ أَنَّهُ قَدْ قِيلَ: إِنَّ الابْنَ يَحْلِفُ وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، وَسَاقَهُ بِالتَّنْكِيرِ إِشْعَارًا بِأَنَّهُ مَذْهَبٌ لَا يَخْلُو مِنْ شُذُوذٍ لِعَدَمِ جَرَيَانِهِ عَلَى الْأُصُولِ، وَفِيهِ إِشْكَالٌ كَمَا يَأْتِي.

ثُمَّ قَالَ: وَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَلَيْسَ لِوَصِيِّ الصَّغِيرِ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَاهِدٍ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، وَاخْتُلِفَ هَلْ ذَلِكَ لِلأَبِ أَمْ لَا؟ فَالمَشْهُورُ المَعْلُومُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَرِوَايَتِهِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لَهُ[1].

---

(١) البيان والتحصيل ١٠/٤٦.

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ: ذَلِكَ لَهُ لِأَنَّهُ يَمُونُهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ، وَهَذَا فِيمَا لَمْ يَلِ فِيهِ الْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ الْمُعَامَلَةَ؛ لِأَنَّ مَا وَلِيَ فِيهِ أَحَدُهُمَا الْمُعَامَلَةَ فَالْيَمِينُ عَلَيْهِ وَاجِبَةٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ غُرِّمَ، وَقَدْ وَقَعَ فِي كِتَابٍ جُمِعَتْ فِيهِ أَقْضِيَةُ مَالِكٍ وَاللَّيْثِ أَنَّ الصَّغِيرَ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ كَالسَّفِيهِ، وَهُوَ بَعِيدٌ؛ لِأَنَّ الْقَلَمَ مَرْفُوعٌ عَنْهُ، فَلاَ يَتَحَرَّجُ مِنْ الْحَلِفِ عَلَى بَاطِلٍ[1].

---

(١) البيان والتحصيل ١٠/٤٦.

باب الرهن وما يتعلق به

ابْنُ عَرَفَةَ: الرَّهْنُ مَالٌ قُبِضَ تَوَثُّقًا بِهِ فِي دَيْنٍ، فَتَخْرُجُ الْوَدِيعَةُ وَالمَصْنُوعُ بِيَدِ صَانِعِهِ وَقَبْضُ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ عَبْدًا جَنَى عَلَيْهِ، وَإِنْ شَارَكَهُ فِي الْأَحَقِّيَّةِ لِجَوَازِ اشْتِرَاكِ المُخْتَلِفَاتِ فِي أَمْرٍ يَخُصُّهَا، وَلَا تَدْخُلُ وَثِيقَةُ ذِكْرِ الحَقِّ وَلَا الحَمِيلُ، وَلَا يَخْرُجُ مَا اُشْتُرِطَتْ مَنْفَعَتُهُ؛ لِأَنَّ شَرْطَهَا لَا يُنَافِي قَبْضَهُ لِلتَّوَثُّقِ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «مَالٌ». جِنْسٌ مُنَاسِبُ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ بِمَعْنَى المَرْهُونِ، وَحَدُّ الاِسْمِ دُونَ المَصْدَرِ الَّذِي هُوَ إِعْطَاءُ مَالٍ تَوَثُّقًا بِحَقٍّ؛ لِأَنَّ الاِسْمَ هُوَ المُسْتَعْمَلُ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ.

قَوْلُهُ: «قُبِضَ». أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّ الرَّهْنَ لَا يَتَقَرَّرُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَإِنْ وَقَعَ مِنْهُ صِحَّةُ التَّوَثُّقِ بِهِ.

قَوْلُهُ: «فِي دَيْنٍ». أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ فِي مُعَيَّنٍ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ فِي دَيْنٍ، وَالدَّيْنُ لَا يَتَقَرَّرُ فِي المُعَيَّنَاتِ. فَإِنْ قُلْتَ: وَقَعَ فِي كُتُبِ الْفُقَهَاءِ أَنَّ الرَّهْنَ يَصِحُّ فِي الْعَارِيَّةِ، وَإِطْلَاقُهُمْ يَدُلُّ عَلَى الْحَقِيقَةِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَالحَدُّ غَيْرُ جَامِعٍ.

قُلْتُ: الجَوَابُ: أَنَّ الرَّهْنَ المَذْكُورَ لَمْ يَكُنْ فِي المُعَيَّنِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي قِيمَتِهِ إِذَا هَلَكَ وَكَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، بِذَلِكَ تَأَوَّلُوا مَا وَقَعَ لَهُمْ، وَهُوَ صَحِيحٌ. صَحَّ مِنْ الرَّصَّاعِ[1].

ابْنُ سَلْمُونٍ: وَإِذَا كَانَ فِي الْعَارِيَّةِ فَهُوَ فِي الْقِيمَةِ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ.

وَفِي ابْنِ الحَاجِبِ: الرَّهْنُ إِعْطَاءُ أَمْرٍ وَثِيقَةً بِحَقٍّ. اهـ[2].

التَّوْضِيحُ: الرَّهْنُ لُغَةً اللُّزُومُ وَالحَبْسُ، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ۝٣٨﴾ [المدثر] أَيْ: مَحْبُوسَةٌ، وَالرَّاهِنُ دَافِعُ الرَّهْنِ، وَالمُرْتَهِنُ -بِكَسْرِ الهَاءِ- آخِذُهُ، وَيُقَالُ لِلرَّهْنِ: مُرْتَهَنٌ -بِفَتْحِ الهَاءِ-، وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى آخِذِهِ؛ لِأَنَّهُ وُضِعَ عِنْدَهُ الرَّهْنُ وَعَلَى الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّهُ يُسْأَلُ الرَّهْنَ.

الجَوْهَرِيُّ وَالنَّوَوِيُّ[3]: يُقَالُ رَهَنْتُهُ الشَّيْءَ وَأَرْهَنْتُهُ، وَجَمْعُ الرَّهْنِ رِهَانٌ وَرُهُونٌ

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ٢/ ١٢٧.

(٢) جامع الامهات ص ٣٧٦.

(٣) يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام، الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين، علامة بالفقه والحديث، مولده في نوى سنة ٦٣١ هـ، ووفاته في نوى أيضًا سنة ٦٧٦ هـ. ونوا إحدى قرى حوران، بسوريا، واليها نسبته، تعلم في دمشق، وأقام بها زمنًا طويلاً، من=

وَرُهُنٌ.

ابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ: وَأَتَى بِلَفْظِ أَمْرٍ لِيَشْمَلَ الذَّوَاتَ وَالْمَنَافِعَ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ رَهْنُهُمَا، وَنَبَّهَ بِقَوْلِهِ: إِعْطَاءُ الْإِقْبَاضِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَتِمُّ بِمُجَرَّدِ الْقَبْضِ حَتَّى يَكُونَ الْمَالِكُ هُوَ الَّذِي أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ وَأَذِنَ لَهُ فِي قَبْضِهِ، فَلَوْ تَوَلَّى الْمُرْتَهِنُ قَبْضَهُ دُونَ إِقْبَاضِ مَالِكِهِ وَإِذْنِهِ لَمْ يَكُنْ رَهْنًا، بِخِلاَفِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ؛ لِأَنَّهُ تَعَالَى وَصَفَ الرِّهَانَ بِكَوْنِهَا مَقْبُوضَةٌ، وَلَفْظُ مَقْبُوضَةٍ يَقْتَضِي قَابِضًا وَمَقْبُوضًا، فَلاَ بُدَّ مِنْ الْمَقْبُوضِ مِنْهُ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ وَصْفُهُ بِكَوْنِهِ مَقْبُوضًا: وَلَمَّا لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ فِي الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، صَحَّ قَبْضُ الْمَوْهُوبِ لَهُ وَالْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ دُونَ إِقْبَاضٍ مِنْ الْوَاهِبِ وَالْمُتَصَدِّقِ. اهـ.

قَوْلُهُ: وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ. يَعْنِي كَاشْتِرَاطِ حَوْزِهِ وَانْقِسَامِهِ إِلَى مَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَمَا يُضْمَنُ وَمَا لَا يُضْمَنُ، وَمَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ مَنْفَعَتِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ مِمَّا يَكْثُرُ فِيهِ التَّدَاعِي بَيْنَ الْمُتَرَاهِنَيْنِ.

الرَّهْنُ تَوْثِيقٌ بِحَقِّ الْمُرْتَهِنْ ... وَإِنْ حَوَى قَابِلَ غَيْبَةٍ ضَمِنْ

مَا لَمْ تَقُمْ لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَهْ ... لِمَا جَرَى فِي شَأْنِهِ مُعَيَّنَهْ

وَإِنْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ وُقِفَا ... فَلاَ ضَمَانَ فِيهِ مَهْمَا تَلِفَا

اشْتَمَلَ الْبَيْتَانِ الْأَوَّلاَنِ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

الْأُولَى: حَدُّ الرَّهْنِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ مَالٌ قُبِضَ تَوَثُّقًا بِهِ فِي دَيْنٍ.

الثَّانِيَةُ: أَنَّ الرَّهْنَ إِذَا كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَكَانَ تَحْتَ يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَادَّعَى ضَيَاعَهُ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ، إِلَّا إِذَا قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى هَلاَكِهِ بِغَيْرِ سَبَبِهِ، فَلاَ يَضْمَنُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: يَضْمَنُهُ. وَهُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي كَوْنِ الضَّمَانِ ضَمَانَ تُهْمَةٍ أَوْ ضَمَانَ أَصَالَةٍ.

وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ: «قَابِلَ غَيْبَةٍ». أَنَّهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ؛ فَلاَ يَضْمَنُهُ، وَهُوَ كَذَلِكَ.

وَاشْتَمَلَ الْبَيْتُ الثَّالِثُ عَلَى مَسْأَلَةٍ، وَهِيَ أَنَّ الرَّهْنَ إِذَا كَانَ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ فَتَلِفَ، فَلاَ

=كتبه (تهذيب الأسماء واللغات) و(منهاج الطالبين) و(تصحيح التنبيه) في فقه الشافعية و(المنهاج في شرح صحيح مسلم) و(التقريب والتيسير) في مصطلح الحديث، و(رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين) و(شرح المهذب للشيرازي) و(روضة الطالبين) وغيرها الكثير. انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٨/٣٩٥، والنجوم الزاهرة ٧/٢٧٨، وطبقات الشافعية لقاضي شهبة ٢/١٥٣، ومعجم المؤلفين ١٣/٢٠٢.

ضَمَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَيْضًا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ وُقِفَا...» الْبَيْتَ.

ابْنُ يُونُسَ: قَالَ مَالِكٌ: وَمَا قَبَضَهُ الْمُرْتَهِنُ مِنْ رَهْنٍ غَابَ عَلَيْهِ فَضَاعَ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى هَلَاكِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبِهِ[1].

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: هَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ رَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ، وَبِهِ الْحُكْمُ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: مِنْ غَيْرِ سَبَبِهِ. يُرِيدُ بِأَمْرٍ مِنَ اللهِ تَعَالَى أَوْ بِتَعَدِّي أَجْنَبِيٍّ، فَذَلِكَ مِنَ الرَّاهِنِ وَلَهُ طَلَبُ الْمُتَعَدِّي.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَإِنَّ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ كَالْحُلِيِّ وَالثِّيَابِ عِنْدَ مُؤْتَمَنٍ فَكَالْأَوَّلِ[2].

التَّوْضِيحُ: أَيْ فَالضَّمَانُ مِنَ الرَّاهِنِ. اهـ.

وَفَاعِلُ «حَوَى» لِلْمُرْتَهِنِ، وَمَعْنَى حَوَاهُ: ضَمَّهُ وَكَانَ تَحْتَ يَدِهِ. وَ«قَابِلَ»: صِفَةٌ لِمَحْذُوفٍ؛ أَيْ: رَهْنًا قَابِلَ غَيْبَةٍ، وَفَاعِلُ «ضَمِنَ» لِلْمُرْتَهِنِ أَيْضًا. وَ«مَا» ظَرْفِيَّةٌ مَصْدَرِيَّةٌ، وَضَمِيرُ «لَهُ» لِلْمُرْتَهِنِ أَيْضًا، وَضَمِيرُ «عَلَيْهِ» لِلرَّهْنِ، وَ«بَيِّنَةٌ» فَاعِلُ «تَقُمْ» وَ«مُعَيَّنَةٌ» صِفَةٌ لِـ«بَيِّنَةٍ»، وَ«لِمَا جَرَى» مُتَعَلِّقٌ بِـ«مُعَيِّنَةٍ». وَاسْمُ «يَكُنْ» لِلرَّهْنِ، وَجُمْلَةُ «وُقِفَا» خَبَرُ «يَكُنْ» وَ«عِنْدَ» يَتَعَلَّقُ بِـ«وُقِفَا».

(فَرْعٌ) قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا غَرِمَ الْمُتَعَدِّي الْقِيمَةَ فَأَحَبُّ مَا فِيهِ إِنْ أَتَى الرَّاهِنُ بِرَهْنٍ ثِقَةٍ مَكَانَ ذَلِكَ الرَّهْنِ أَخَذَ الْقِيمَةَ، وَإِلَّا جُعِلَتْ هَذِهِ الْقِيمَةُ رَهْنًا وَطُبِعَ عَلَيْهَا[3].

قَالَ: وَمَا قَبَضَهُ الْمُرْتَهِنُ مِنْ رَهْنٍ لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ رَبْعٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ رَقِيقٍ، فَالْمُرْتَهِنُ مُصَدَّقٌ فِيهِ، وَلَا يَضْمَنُ مَا زَعَمَ أَنَّهُ هَلَكَ أَوْ عَطِبَ أَوْ أَبَقَ أَوْ دَخَلَهُ عَيْبٌ، وَيَكُونُ ضَمَانُهُ مِنَ الرَّاهِنِ.

وَفِي الْمُقَرَّبِ: وَمَا كَانَ مِنَ الْعُرُوضِ كُلِّهَا الَّتِي يُغَابُ عَلَيْهَا إِذَا جُعِلَتْ رَهْنًا عَلَى يَدِ مَنِ ارْتَضَيَاهُ فَهَلَكَ، فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: لِبَيَانِ بَرَاءَةِ الْمُرْتَهِنِ، وَلَمْ يَضْمَنْ الْأَمِينُ؛ لِأَنَّهُ مُؤْتَمَنٌ، وَإِنَّمَا قَبَضَهُ لِمَنْفَعَةِ غَيْرِهِ كَالْمُودَعِ.

(فَرْعٌ) قَالَ اللَّخْمِيُّ: إِنْ اخْتَلَفَا فَدَعَا أَحَدُهُمَا إِلَى كَوْنِهِ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، وَالْآخَرُ إِلَى أَنْ

---

(١) المدونة ٤/١٣٧.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٧٩.

(٣) المدونة ٤/١٣٣.

يَكُونَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ دَعَا إِلَى الْعَدْلِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الرَّهْنِ: التَّوَثُّقُ، وَهُوَ يَحْصُلُ بِكَوْنِهِ عَلَى يَدِ عَدْلٍ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ تَسْلِيمَهُ إِلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادَةٌ كَانَ لِلرَّاهِنِ أَنْ لَا يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ: لَا آمَنُكَ عَلَيْهِ.

وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ لَا يَقْبِضَهُ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ: عَلَيَّ فِي قَبْضِهِ مَضَرَّةٌ، أَضْمَنُهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَأَتَكَلَّفُ حِفْظَهُ إِنْ كَانَ حَيَوَانًا.

قَالَ الشَّارِحُ: فَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَصْلاً مِمَّا لَا يُضْمَنُ وَلَا يُتَكَلَّفُ حِفْظُهُ، يُلْزَمُ الْمُرْتَهِنَ قَبْضُهُ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ هُنَاكَ عَادَةٌ، مَعَ أَنَّ فِي قَوْلِ اللَّخْمِيِّ: إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ تَسْلِيمَهُ لِلْمُرْتَهِنِ بَحْثًا؛ لِأَنَّهُ مَا أَبْدَاهُ مِنْ حُجَّةِ الْمُرْتَهِنِ فِي عَدَمِ قَبْضِهِ وَاضِحَةٌ، فَكَيْفَ تُرَدُّ عَلَيْهِ بِعَادَةِ غَيْرِهِ؟ فَلْيُتَأَمَّلْ. اهـ.

(وَالْجَوَابُ) وَاللهُ أَعْلَمُ: أَنَّهُ إِنْ دَخَلاَ عَلَى الْمُسَاكَتَةِ وَلَمْ يُبَيِّنَا عِنْدَ مَنْ يَكُونُ الرَّهْنُ فَيُرْجَعُ لِلْعَادَةِ لِأَنَّهَا كَالشَّرْطِ، وَإِنِ امْتَنَعَ ابْتِدَاءً وَذَكَرَ عُذْرَهُ فِي عَدَمِ قَبْضِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ قَبْضُهُ عِنْدَ أَمِينٍ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ دَعَا إِلَيْهِ. كَمَا تَقَدَّمَ.

وَالْحَوْزُ مِنْ تَمَامِهِ وَإِنْ حَصَلْ ... وَلَوْ مُعَارًا عِنْدَ رَاهِنٍ بَطَلْ

يَعْنِي أَنَّ الْحَوْزَ مِنْ تَمَامِ الرَّهْنِ وَلَا يَصِحّ إِلَّا بِهِ، فَكَذَلِكَ إِذَا عَادَ لِيَدِ رَاهِنِهِ بِأَيِّ وَجْهٍ فَرْضٍ بَطَلَ.

ابْنُ يُونُسَ: قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فَلَزِمَ بِهَذَا اسْتِدَامَةُ الْقَبْضِ، وَهُوَ شَرْطٌ فِي صِحَّتِهِ، فَمَتَى عَادَ إِلَى الرَّاهِنِ بِوَجْهٍ مَا بَطَلَ كَالابْتِدَاءِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَنِ ارْتَهَنَ رَهْنًا فَقَبَضَهُ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الرَّاهِنِ، أَوْ آجَرَهُ مِنْهُ، أَوْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ، أَوْ رَدَّهُ إِلَيْهِ بِأَيِّ وَجْهٍ حَتَّى يَكُونَ الرَّاهِنُ هُوَ الْحَائِزُ لَهُ، فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: ثُمَّ إِنْ قَامَ الْمُرْتَهِنُ بِرَدِّهِ، قُضِيَ لَهُمْ بِذَلِكَ مَا لَمْ يَدْخُلْهُ فَوْتٌ مِنْ تَحْبِيسٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ تَدْبِيرٍ أَوْ بَيْعٍ، أَوْ قَامَ غُرَمَاؤُهُ[1].

وَفِي الْمُقَرَّبِ: وَإِنِ اسْتَعَارَهُ مِنْهُ الرَّاهِنُ، ثُمَّ اسْتَحْدَثَ دَيْنًا أَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ الْمُرْتَهِنُ، كَانَ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ.

---

(١) الذخيرة ٨/ ١٢٦، ومنح الجليل ٥/ ٤٤٤.

وَفِيهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَمَنْ ارْتَهَنَ دَارًا ثُمَّ أَذِنَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْكُنَهَا أَوْ يُكْرِيَهَا، فَقَدْ خَرَجَتْ مِنْ الرَّهْنِ، وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْ وَلَمْ يُكْرِ(١).

ابْنُ حَارِثٍ: اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِقَبْضِهِ، فَإِنْ تَرَاخَى بِقَبْضِهِ إِلَى قِيَامِ الْغُرَمَاءِ بَطَلَ، وَلَوْ كَانَ جَادًّا فِي طَلَبِهِ.

(فَرْعٌ) إِذَا وُجِدَ الرَّهْنُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ مَوْتِ رَاهِنِهِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ: حُزْتُهُ فِي صِحَّتِهِ. وَكَذَلِكَ الْهِبَةُ.

الْمَوَّاقُ: وَعَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ: لَا يَنْفَعُ ذَلِكَ حَتَّى تُعْلَمَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ حَازَهُ قَبْلَ الْمَوْتِ أَوْ الْفَلَسِ(٢).

قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ: صَوَابُهُ لَا يَنْفَعُهُ إِلَّا بِمُعَايَنَةِ الْحَوْزِ(٣).

ابْنُ رُشْدٍ: يَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي الصَّدَقَةِ تُوجَدُ بِيَدِ الْمُتَصَدَّقِ عَلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُتَصَدِّقِ فَيَدَّعِي قَبْضَهَا فِي صِحَّتِهِ، وَفِي الْمُدَوَّنَةِ دَلِيلُ الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا.

الْبَاجِيُّ: عِنْدِي لَوْ ثَبَتَ أَنَّهُ وَجَدَهُ بِيَدِهِ قَبْلَ الْمَوْتِ أَوْ الْفَلَسِ كَانَ رَهْنًا وَإِنْ لَمْ يَحْضُرُوا الْحِيَازَةَ، لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ مَقْبُوضًا وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ بِالِاكْتِفَاءِ بِالْحَوْزِ.

ابْنُ يُونُسَ: قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: صَوَابُهُ لَا يَنْفَعُ إِلَّا بِمُعَايَنَةِ الْبَيِّنَةِ الْحَوْزَ بَعْدَ الِارْتِهَانِ(٤).

وَفِي التَّوْضِيحِ: عَنْ اللَّخْمِيِّ: إِذْ لَا بُدَّ مِنْ مُعَايَنَةِ الْبَيِّنَةِ لِقَبْضِ الْمُرْتَهِنِ(٥).

وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ لَا يَكْفِي إِلَّا التَّحْوِيزُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْحَوْزَ رَفْعُ مُبَاشَرَةِ الرَّاهِنِ التَّصَرُّفَ فِي الرَّهْنِ، وَالتَّحْوِيزُ هُوَ تَسْلِيمُ الْعَطِيَّةِ أَوْ الرَّهْنِ مِنْ الْمُعْطِي أَوْ الرَّاهِنِ لِمَنْ ثَبَتَ لَهُ ذَلِكَ.

الرَّصَّاعُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّ الرَّهْنَ يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّحْوِيزُ، وَلَا يَكْفِي الْحَوْزُ بِخِلَافِ غَيْرِهِ(٦). وَلِذَلِكَ يُكْتَبُ فِي وَثِيقَةِ الرَّهْنِ: وَبَسَطَ يَدَهُ عَلَى حَوْزِ الرَّهْنِ فَحَازَهُ مُعَايَنَةً. وَلَا

---

(١) المدونة ٤/ ٤٧٦، والبيان والتحصيل ١١/ ٦٧.

(٢) التاج والإكليل ٥/ ١٧.

(٣) التاج والإكليل ٥/ ١٧، ومنح الجليل ٥/ ٤٦١.

(٤) التاج والإكليل ٥/ ١٧.

(٥) منح الجليل ٥/ ٤٦١، ومواهب الجليل ٦/ ٥٦٣.

(٦) شرح حدود ابن عرفة ٢/ ٣٦٨.

يُحْتَاجُ ذَلِكَ فِي وَثِيقَةِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَكَتْبُهُ فِيهِمَا مِنْ جَهْلِ الْمُوَثِّقِ.

وَإِلَى ذَلِكَ أَشَرْنَا بِقَوْلِنَا فِي تَكْمِيلِ الْمَنْهَجِ:

وَالْقَبْضُ فِي غَيْرِ الرِّهَانِ كَافِ وَفِيهِ الإِقْبَاضُ عَلَى خِلاَفِ

لِذَاكَ قَالُوا فِي رُسُومِ الرَّهْنِ قَطُّ يَدًا عَلَى الْحَوْزِ لِرَهْنٍ قَدْ بَسَطْ

وَكَتْبُهُ فِي غَيْرِهِ دَلَّ عَلَى جَهْلِ الْمُوَثِّقِ كَذَاكَ نُقِلاَ

(فَرْعٌ) إِذَا كَانَ الرَّهْنُ بِيَدِ مَنْ هُوَ مِنَ الرَّاهِنِ بِسَبَبٍ كَمُدَبَّرِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ وَعَبْدِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ، فَالاتِّفَاقُ عَلَى لَغْوِ حَوْزِهِمْ، وَأَمَّا مِثْلُ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ وَمُكَاتَبِهِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يُخْتَلَفُ فِيهِ، حَسْبَمَا يَظْهَرُ مِنَ النُّقُولِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَلَمَّا كَانَ الْحَوْزُ رَفْعَ مُبَاشَرَةِ الرَّاهِنِ التَّصَرُّفَ فِي الرَّهْنِ، صَحَّ بِيَدِ مَنْ لاَ تَسَلُّطَ لِلرَّاهِنِ عَلَى مَا فِي يَدِهِ، وَبَطَلَ فِي غَيْرِهِ.

ابْنُ شَاسٍ: يَصِحُّ حَوْزُ مُكَاتَبِ الرَّاهِنِ رَهْنَهُ لِمُرْتَهِنِهِ.

(فَرْعٌ) وَمِنْ هَذَا الْمَعْنَى قَوْلُ مَثَلِهَا الثَّالِثِ: إِنْ كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ طَعَامُ سَلَمٍ حَلَّ، فَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يُوَكِّلَ عَلَى قَبْضِهِ مِنْهُ عَبْدُهُ وَمُدَبَّرُهُ وَأُمُّ وَلَدِهِ وَزَوْجَتُهُ أَوْ صِغَارُ بَنِيهِ، وَهُوَ كَتَوْكِيلِكَ إِيَّاهُ، فَلاَ تَبِعْهُ بِذَلِكَ الْقَبْضِ، وَلَكَ أَنْ تَبِيعَهُ بِقَبْضِ الْكَبِيرِ مِنْ وَلَدِهِ الْبَائِنِ عَنْهُ. اهـ. مِنَ الشَّارِحِ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي الْبَابِ الثَّامِنِ وَالْعِشْرِينَ مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ تَبْصِرَةِ ابْنِ فَرْحُونٍ - مَسْأَلَةٌ فِي الطُّرَرِ-: وَلَا يَجُوزُ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُكْرِيَ الرَّهْنَ مِنْ قَرِيبِ الرَّاهِنِ، وَلَا لِأَحَدٍ مِنْ سَبَبِهِ، وَلَا لِصَدِيقِهِ الْمُلاَطِفِ، وَلَا لِأَحَدٍ يُتَّهَمُ أَنْ يَكُونَ اكْتَرَى ذَلِكَ لِرَبِّ الدَّارِ، فَإِنْ أَكْرَاهُ لِأَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ، ثُمَّ أَكْرَاهُ لِصَاحِبِ الدَّارِ، خَرَجَ الرَّهْنُ عَنْ أَنْ يَكُونَ رَهْنًا لِلتُّهْمَةِ الدَّاخِلَةِ فِيهِ مِنْ إِجَارَتِهِ مِمَّنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ، وَنَحْوُهُ فِي كِتَابِ الرَّهْنِ مِنَ الْمُتَيْطِيَّةِ. اهـ[1].

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: فَإِنْ أَكْرَاهُ مِنْ أَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ... إِلَخْ. أَنَّ الْمُرْتَهِنَ إِذَا أَكْرَاهُ لِأَجْنَبِيٍّ مِنَ الرَّاهِنِ، ثُمَّ أَكْرَاهُ ذَلِكَ الْأَجْنَبِيُّ مِنَ الرَّاهِنِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَبْطُلُ، وَبِهَذَا رَأَيْنَا الْعَمَلَ.

وَالْعَقْدُ فِيهِ بِمُسَاقَاةٍ وَمَا أَشْبَهَهَا حَوْزٌ وَإِنْ تَقَدَّمَا

---

(١) تبصرة الحكام ٣/١٠٢.

يَعْنِي أَنَّ عَقْدَ المُسَاقَاةِ وَمَا أَشْبَهَهَا مِنْ إِجَارَةٍ أَوْ كِرَاءٍ لِلرَّهْنِ حَوْزٌ لِلْمُرْتَهِنِ، فَمَنْ ارْتَهَنَ شَيْئًا ثُمَّ عَقَدَ فِيهِ مَنْ رَاهَنَهُ مُسَاقَاةً أَوْ كِرَاءً وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ سَائِرِ الْعُقُودِ، فَإِنَّ ذَلِكَ حَوْزٌ لَهُ سَوَاءٌ تَأَخَّرَ عَقْدُ المُسَاقَاةِ وَنَحْوِهَا عَنْ الرَّهْنِ -كَمَا ذُكِرَ-، أَوْ تَقَدَّمَ عَقْدُ ذَلِكَ عَلَى الرَّهْنِ، كَأَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِ حَائِطُ مُسَاقَاةٍ، أَوْ دَارٌ مُكْتَرَاةٌ، ثُمَّ يَرْتَهِنُ ذَلِكَ مِنْ رَبِّهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ حَوْزٌ لَهُ أَيْضًا.

وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ تَقَدَّمَا». أَيْ عَقْدُ المُسَاقَاةِ وَنَحْوِهَا عَلَى الرَّهْنِ.

أَمَّا المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ وَهِيَ تَقَدُّمُ عَقْدِ المُسَاقَاةِ وَنَحْوِهَا عَلَى الرَّهْنِ، فَقَالَ ابْنُ الحَاجِبِ: وَيَصِحُّ رَهْنُ المُسَاقَاةِ وَالمُسْتَأْجِرِ لِلْمُسْتَأْجِرِ وَغَيْرِهِ.

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي إِذَا دَفَعَ رَجُلٌ حَائِطَ مُسَاقَاةٍ لِرَجُلٍ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ ذَلِكَ الحَائِطَ، وَكَذَا يَصِحُّ رَهْنُ الشَّيْءِ المُسْتَأْجَرِ لِمَنْ هُوَ فِي إِجَارَتِهِ وَغَيْرِهِ.

وَفِي الجَلاَّبِ: مَنْ آجَرَ دَارِهِ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهَنَهَا مِنْهُ فَلاَ بَأْسَ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ آجَرَهَا مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهَنَهَا مِنْ غَيْرِهِ فَلاَ بَأْسَ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ مَنْ سَاقَى حَائِطَهُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهَنَهُ مِنْهُ فَلاَ بَأْسَ[1].

وَنُقِلَ عَنْ ابْنِ يُونُسَ أَنَّ مَذْهَبَ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَرْتَهِنَ مَا هُوَ بِيَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ مُسَاقَاةٍ، وَيَكُونُ ذَلِكَ حَوْزًا لِلْمُرْتَهِنِ[2].

وَأَمَّا المَسْأَلَةُ الْأُولَى، وَهِيَ تَقَدُّمُ الرَّهْنِ عَلَى المُسَاقَاةِ وَنَحْوِهَا، فَلَمْ أَقِفْ الْآنَ فِيهِ عَلَى نَصٍّ صَرِيحٍ، وَظَهَرَ مِنْ كَلاَمِ الشَّارِحِ أَنَّهُ أَحْرَى؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عَقْدُ المُسَاقَاةِ المُتَقَدِّمُ عَلَى الرَّهْنِ حَوْزًا لِلْمُرْتَهِنِ، فَأَحْرَى عَقْدُ المُسَاقَاةِ المُتَأَخِّرِ عَنْ الرَّهْنِ أَنْ يَكُونَ حَوْزًا لِلْمُرْتَهِنِ، وَلِذَلِكَ عُنِيَ النَّاظِمُ بِتَقَدُّمِ المُسَاقَاةِ وَغَيْرِهَا عَلَى الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ خِلاَفٍ.

وَلَفْظُ الشَّارِحِ: وَقَوْلُ الشَّيْخِ: «وَإِنْ تَقَدَّمَا» هُوَ فِي مَسَاقِ الْغَايَةِ لِلْخِلاَفِ الَّذِي فِي كَوْنِ الْعَقْدِ سَابِقًا. اهـ.

وَالشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ مَا يُرْتَهَنُ ... مِمَّا بِهِ اسْتِيفَاءُ حَقٍّ يُمْكِنُ

فَخَارِجٌ كَالخَمْرِ بِاتِّفَاقِ ... وَدَاخِلٌ كَالْعَبْدِ ذِي الإِبَاقِ

---

(١) التاج والإكليل ٥/٥.

(٢) التاج والإكليل ٥/٥.

يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الرَّهْنِ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يُسْتَوْفَى مِنْهُ الْحَقُّ الَّذِي رُهِنَ فِيهِ، سَوَاءٌ أَمْكَنَ الاِسْتِيفَاءُ مِنْ عَيْنِهِ كَالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَكَالْمِثْلِيَّاتِ إِذَا أُرْتُهِنَتْ فِي مِثْلِهَا وَطُبِعَ عَلَيْهَا، أَوْ مِنْ قِيمَتِهِ كَرَهْنِ ثَوْبٍ فِي دَرَاهِمَ، أَوْ ثَمَنِ مَنَافِعِهِ كَرَهْنِ حَائِطٍ فِي دَيْنٍ؛ فَإِنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنْ ثَمَنِ غَلَّتِهِ، وَأَمَّا مَا لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنْهُ كَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، فَلاَ يَصِحُّ رَهْنُهُ.

وَتَعْبِيرُهُمْ بِالْإِمْكَانِ لِيَدْخُلَ رَهْنُ الْعَبْدِ الْآبِقِ وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ، فَإِنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنْهُ إِذَا ظَفِرَ بِهِ، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَظْفَرْ بِهِ؛ لِأَنَّ الْقَاعِدَةَ أَنَّ كُلَّ مَا يَجُوزُ بِغَيْرِ عِوَضٍ جَازَ فِيهِ الْغَرَرُ، وَذَلِكَ كَالطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِعِوَضٍ وَهُوَ الْخُلْعُ، وَيَجُوزُ بِغَيْرِ عِوَضٍ، فَيَجُوزُ أَنْ تُخَالِعَهُ بِعَبْدٍ آبِقٍ أَوْ بَعِيرٍ شَارِدٍ، وَكَذَلِكَ الدَّيْنُ سَوَاءٌ كَانَ مِنْ بَيْعٍ أَوْ مِنْ سَلَفٍ يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ عَنْهُ وَثِيقَةَ رَهْنٍ، وَيَجُوزُ مِنْ غَيْرِ رَهْنٍ، فَيَجُوزُ فِي الرَّهْنِ الْغَرَرُ؛ لِأَنَّ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَظْفَرْ بِذَلِكَ يَكُونُ بَاعَ أَوْ سَلَّفَ مِنْ غَيْرِ رَهْنٍ، وَذَلِكَ جَائِزٌ.

قَالَ ابْنُ شَاسٍ: وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يُسْتَوْفَى مِنْهُ، أَوْ مِنْ ثَمَنِهِ، أَوْ ثَمَنِ مَنَافِعِهِ الدَّيْنُ الَّذِي رُهِنَ بِهِ أَوْ بَعْضُهُ[(١)].

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ: لَا يَجُوزُ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَرْتَهِنَ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا[(٢)].

قَالَ أَشْهَبُ: فَإِنْ قَبَضَهُ ثُمَّ فُلِّسَ الذِّمِّيُّ هُوَ فِيهِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجُزْ فِي الْأَصْلِ[(٣)].

وَفِي ابْنِ يُونُسَ وَابْنِ الْمَوَّازِ: يَجُوزُ ارْتِهَانُ الْبَعِيرِ الشَّارِدِ وَالْعَبْدِ الْآبِقِ إِنْ قَبَضَهُ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ فَلَسِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَظَاهِرُ إِطْلَاقِ الشَّيْخِ أَنَّ رَهْنَ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِلْغَرَرِ كَالْآبِقِ وَالشَّارِدِ، وَالتَّمْرِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ جَائِزٌ فِي الْقَرْضِ، وَبَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ وَفِي عَقْدِ الْبَيْعِ، فَأَمَّا جَوَازُ ذَلِكَ فِي الْقَرْضِ وَبَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ، فَقَدْ حَكَى ذَلِكَ اللَّخْمِيُّ وَغَيْرُهُ، وَأَمَّا فِي عَقْدِ الْبَيْعِ فَفِيهِ خِلَافٌ.

---

(١) كفاية الطالب ٢/ ٣٥١، وحاشية العدوي ٦/ ٤٠٩، الذخيرة ٨/ ٧٩.

(٢) المدونة ٤/ ١٥٠.

(٣) الذخيرة ٨/ ٨٨.

حَكَى ابْنُ رُشْدٍ أَنَّ المَشْهُورَ جَوَازُهُ قَالَ: وَهُوَ ظَاهِرُ إِطْلاَقَاتِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي المُدَوَّنَةِ.

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: المَازِرِيُّ فِي رَهْنِ مَا فِيهِ غَرَرٌ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ قَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ لِلرَّهْنِ حَظًّا مِنَ الثَّمَنِ أَوَّلًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(تتِمَّةٌ) وَكَمَا يُشْتَرَطُ فِي الرَّهْنِ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنْهُ، كَذَلِكَ يُشْتَرَطُ فِي الرَّاهِنِ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ الْبَيْعُ.

ابْنُ شَاسٍ: يَصِحُّ الرَّهْنُ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ الْبَيْعُ، فَلاَ يَرْهَنُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ، وَلَا أَحَدُ الْوَصِيَّيْنِ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ.

وَجَازَ فِي الرَّهْنِ اشْتِرَاطُ المَنْفَعَهْ ... إِلَّا فِي الْأَشْجَارِ فَكُلٌّ مَنَعَهْ

إِلَّا إِذَا النَّفْعُ لِعَامٍ عُيِّنَا ... وَالْبَدْءُ لِلصَّلاَحِ قَدْ تَبَيَّنَا

وَفِي الَّذِي الدَّيْنُ بِهِ مِنْ سَلَفِ ... وَفِي الَّتِي وَقْتُ اقْتِضَائِهَا خَفِيَ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَشْتَرِطَ الانْتِفَاعَ بِالرَّهْنِ إِنْ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ شَرْعًا مِثْلُ سُكْنَى الدَّارِ وَاعْتِمَارِ الْأَرْضِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: مَنْفَعَةِ الْأَشْجَارِ عَلَى تَفْصِيلٍ فِيهَا، وَإِلَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مِنْ سَلَفٍ، وَإِلَّا مَا يَخْتَلِفُ الانْتِفَاعُ بِهِ بِاخْتِلاَفِ النَّاسِ.

فَأَمَّا المَسْأَلَةُ الْأُولَى: وَهِيَ مَنِ ارْتَهَنَ أَشْجَارًا، فَلاَ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ مَنْفَعَتِهَا وَهِيَ ثِمَارُهَا؛ لِكَوْنِ ذَلِكَ مِنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخْلَقْ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخْلَقْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ النَّفْعُ لِعَامٍ عُيِّنَ، وَقَدْ بَدَا صَلاَحُ الثَّمَرَةِ المُنْتَفَعِ بِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِخُرُوجِهِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخْلَقْ، وَعَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا.

المُتَيْطِيُّ: مَنِ ارْتَهَنَ أَشْجَارًا وَاشْتَرَطَ ثِمَارَهَا فِي ذَلِكَ الْعَامِ، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي سَلَفٍ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ كَانَ عَنْ بَيْعٍ وَالثَّمَرَةُ قَدْ طَابَتْ فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَلَوْ كَانَتْ سَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يَجُزْ.

وَأَمَّا المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: وَهِيَ إِذَا كَانَ الدَّيْنُ المُرْتَهَنُ فِيهِ مِنْ سَلَفٍ، فَلاَ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ المَنْفَعَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ جَرَّ نَفْعًا.

قَالَ المُتَيْطِيُّ: وَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ المَنْفَعَةِ بِالرَّهْنِ فِي السَّلَفِ، كَانَ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ أَوْ بَعْدَهُ، وَهُوَ فِي الْعَقْدِ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ وَبَعْدَ الْعَقْدِ هَدِيَّةُ مِدْيَانٍ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ الْعَقْدِ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا.

وَأَمَّا المَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: وَهِيَ إِذَا كَانَ الرَّهْنُ ثِيَابًا أَوْ حَيَوَانًا وَنَحْوَهُمَا مِمَّا يَخْتَلِفُ الانْتِفَاعُ بِهِ بِاخْتِلاَفِ النَّاسِ، فَلاَ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ مَنْفَعَتِهِ، فَرُبَّ مُرْتَهِنٍ ثَوْبًا يُسَخِّرُهُ ضِعْفَيْ مُرْتَهِنٍ آخَرَ، وَمُسْتَعْمَلِ دَابَّةٍ كَذَلِكَ، وَرُبَّ لَابِسِ ثَوْبٍ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً يَنْقُصُ مِنْهُ مَا لَا يَنْقُصُ لَوْ لَبِسَهُ غَيْرُهُ عَشَرَةَ أَيَّامٍ أَوْ أَكْثَرَ، وَعَنْ هَذَا المَعْنَى عَبَّرَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي الَّتِي وَقْتُ اقْتِضَائِهَا خَفِيَ» أَيْ وَإِلَّا المَنْفَعَةُ الَّتِي وَقْتُ اقْتِضَائِهَا يَخْتَلِفُ.

وَخَرَجَ بِذَلِكَ الدُّورُ وَالْأَرْضُونَ وَنَحْوُهَا؛ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهَا لَا تَخْتَلِفُ؛ لِأَنَّ فِي الدُّورِ السُّكْنَى، وَفِي الْأَرْضِ الاعْتِمَارُ، فَلاَ يُنْقِصُ اسْتِعْمَالُهَا مِنْهَا، وَلَا كَذَلِكَ الثِّيَابُ وَالْحَيَوَانُ.

قَالَ فِي المُقَرَّبِ: قُلْت: فَهَلْ يَجُوزُ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَشْتَرِطَ شَيْئًا مِنْ مَنْفَعَةِ الرَّهْنِ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَ مِنْ بَيْعٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَرْضٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً. إِلَّا أَنَّ مَالِكًا قَالَ لِي: إِذَا بَاعَهُ بَيْعًا وَارْتَهَنَ رَهْنًا، وَاشْتَرَطَ مَنْفَعَةَ الرَّهْنِ إِلَى أَجَلٍ، فَلاَ أَرَى بِهِ بَأْسًا فِي الدُّورِ وَالْأَرَضِينَ، وَأَكْرَهُ ذَلِكَ فِي الثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ.

وَقَوْلُهُ: «وَفِي الَّذِي». عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ: «إِلَّا فِي الْأَشْجَارِ» فَـ«الَّذِي» صِفَةٌ لِمَحْذُوفٍ؛ أَيْ وَإِلَّا الرَّهْنُ الَّذِي لِلدَّيْنِ، وَضَمِيرُ «بِهِ» لِلرَّهْنِ المَوْصُوفِ بِالَّذِي، وَبَاؤُهُ ظَرْفِيَّةٌ، وَكَأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْقَلْبِ، أَيْ إِلَّا الدَّيْنَ الَّذِي فِيهِ الرَّهْنُ مِنْ سَلَفٍ.

وَيُحْتَمَلُ أَنَّ المُرَادَ: إِلَّا الْعَقْدَ الَّذِي الرَّهْنُ فِيهِ مِنْ سَلَفٍ، فَلاَ يَجُوزُ فِيهِ اشْتِرَاطُ المَنْفَعَةِ.

وَبِجَوَازِ بَيْعِ مَحْدُودِ الْأَجَلْ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ رَاهِنٍ جَرَى الْعَمَلْ
مَعَ جَعْلِهِ ذَاكَ لَهُ وَلَمْ يَحِنْ دَيْنٌ وَلَا بِعُقْدَةِ الْأَصْلِ قُرِنْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ رَهَنَ رَهْنًا فِي حَقٍّ إِلَى أَجَلٍ مَحْدُودٍ، وَجَعَلَ لِلْمُرْتَهِنِ بَيْعَ ذَلِكَ الرَّهْنِ بِمَعْنَى أَنَّهُ وَكَّلَهُ عَلَى بَيْعِهِ إِنْ حَلَّ الْأَجَلُ وَلَمْ يَقْضِهِ حَقَّهُ، وَكَانَ جَعْلُهُ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ عَقْدِ المُعَامَلَةِ، وَقَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ المَضْرُوبِ؛ أَيْ فِيمَا بَيْنَهُمَا، فَإِنَّهُ جَرَى الْعَمَلُ بِجَوَازِ بَيْعِ المُرْتَهِنِ لِلرَّهْنِ المَذْكُورِ إِذَا حَلَّ الْأَجَلُ وَلَمْ يَقْضِهِ حَقَّهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ إِذْنًا ثَانِيًا.

وَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ لَوْ جَعَلَ لَهُ بَيْعَهُ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، أَوْ بَعْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ، فَإِنَّ ذَلِكَ كَالْعَدَمِ؛ لِأَنَّهَا وَكَالَةُ اضْطِرَارٍ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِذْنِ الْحَاصِلِ فِي نَفْسِ الْعَقْدِ.

لَكِنْ بِالنِّسْبَةِ لِلأَمِينِ ذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ حَيْثُ قَالَ: وَلِلأَمِينِ بَيْعُهُ بِإِذْنٍ فِي عَقْدِهِ[١].

فَقَوْلُهُ: «وَبِجَوَازٍ» يَتَعَلَّقُ بِجَرَى، «وَمَحْدُودٍ» صِفَةٌ فِي اللَّفْظِ الْمَحْذُوفِ؛ أَيْ رَهْنٍ مَحْدُودٍ أَجَلُهُ، وَ«مِنْ غَيْرِهِ» يَتَعَلَّقُ بِبَيْعٍ أَيْضًا.

وَ«جَعْلُ» مَصْدَرٌ مُضَافٌ لِلْمَفْعُولِ؛ أَيْ مَعَ جَعْلِ الرَّاهِنِ ذَلِكَ الْبَيْعَ لَهُ -أَيْ لِلْمُرْتَهِنِ-، وَالْحَالَةُ أَنَّهُ «لَمْ يَحِنْ» أَيْ: لَمْ يَحِلَّ أَجَلُ ذَلِكَ الدَّيْنِ، وَلَا «قُرِنَ» أَيْ الْجُعْلُ الَّذِي هُوَ التَّوْكِيلُ عَلَى الْبَيْعِ «بِعُقْدَةِ الْأَصْلِ» الَّذِي هُوَ الْبَيْعُ أَوْ الْقَرْضُ، بَلْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ فَ«قُرِنْ» عُطِفَ عَلَى «يَحِنْ» وَ«بِعُقْدَةِ» يَتَعَلَّقُ بِقُرِنَ، وَنَائِبُ «قُرِنَ» يَعُودُ عَلَى الْجُعْلِ، هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ النَّاظِمِ.

وَهُوَ الَّذِي فِي ابْنِ سَلْمُونٍ وَلَفْظُهُ: قَالَ بَعْضُهُمْ: وَإِنَّمَا لَا يُغْنِي التَّقْدِيمُ فِي الْبَيْعِ -وَإِنْ جُعِلَ لَهُ ذَلِكَ- دُونَ مَشُورَتِهِ، وَلَا سُلْطَانَ إِذَا كَانَ التَّقْدِيمُ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، أَوْ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهَا وَكَالَةُ اضْطِرَارٍ.

وَقَالَ إِسْمَاعِيلُ الْقَاضِي[٢] وَغَيْرُهُ: ذَلِكَ جَائِزٌ نَافِذٌ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ وَقَبْلَ حُلُولِ أَجَلِ الدَّيْنِ لَجَازَ الشَّرْطُ وَعَمِلَتْ الْوَكَالَةُ بِاتِّفَاقٍ؛ لِأَنَّهَا عَلَى طَوَاعِيَةٍ[٣].

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ[٤]: وَإِذَا كَانَ هَذَا التَّقَدُّمُ وَالرَّهْنُ فِي قَرْضٍ فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً؛ إِذْ قَدْ رَفَعَ عَنْ نَفْسِهِ الْمُؤْنَةَ فِي بَيْعِهِ وَمَشُورَةِ الْقَاضِي[٥].

---

(١) مختصر خليل ص ١٦٧.

(٢) إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل، شيخ المالكية في وقته، ولد في البصرة سنة ٢٠٠ هـ واستوطن بغداد، تفقه بابن المعذل، وكان يقول: أفخر على الناس برجلين بالبصرة ابن المعذل يعلمني الفقه وابن المديني يعلمني الحديث. روى عنه عبد الله بن الإمام أحمد بن حنبل، جمع القرآن وعلم القرآن والحديث وآثار العلماء والفقه والكلام والمعرفة بعلم اللسان، وكان من نظراء المبرد في علم كتاب سيبويه، وكان المبرد يقول: لولا اشتغاله برياسة الفقه والقضاء لذهب برياستنا في النحو والأدب، ولي قضاء إلى أن توفي فجأة ببغداد سنة ٢٨٢ هـ، وكان موته هو الباعث للمبرد على تأليف كتابه (التعازي والمراثي)، من تآليفه: (أحكام القرآن) و(المبسوط) في الفقه، و(الرد على أبي حنيفة) و(الرد على الشافعي) في بعض ما أفتيا به، و(الاموال والمغازي) و (شواهد الموطأ)، و(الأصول) و(السنن) و(الاحتجاج بالقرآن). انظر: الديباج المذهب ٩٢، وتاريخ بغداد ٦/ ٢٨٤.

(٣) فتح العلي المالك ٤/ ٧٣.

(٤) ابن لبابة.

(٥) فتح العلي المالك ٤/ ٧٤.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ: ذَلِكَ جَائِزٌ(١).

فَقَوْلُهُ: وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ. إِلَى قَوْلِهِ: عَلَى طَوَاعِيَةٍ. هُوَ مَنْطُوقُ قَوْلِ النَّاظِمِ: «مَعَ جَعْلِهِ ذَاكَ لَهُ...» الْبَيْتَ.

وَقَوْلُهُ: وَإِنَّمَا لَا يُغْنِي التَّقْدِيمُ فِي الْبَيْعِ. إِلَى قَوْلِهِ: لِأَنَّهَا وَكَالَةُ اضْطِرَارٍ. هُوَ مَفْهُومُ قَوْلِهِ: «مَعَ جَعْلِهِ ذَاكَ لَهُ...» الْبَيْتَ.

وَقَوْلُهُ: وَقَالَ إِسْمَاعِيلُ الْقَاضِي. هُوَ مُقَابِلُ قَوْلِهِ: وَإِنَّمَا لَا يُغْنِي التَّقْدِيمُ. وَقَالَ إِسْمَاعِيلُ الْقَاضِي: يُغْنِي. أَيْ يَكْفِي.

وَقَوْلُهُ: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ... إِلَخْ. لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ التَّقْدِيمَ عَلَى الْبَيْعِ إِذَا كَانَ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَقَبْلَ حُلُولِ أَجَلِ الدَّيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَانَ ظَاهِرُهُ الْعُمُومُ كَانَ الدَّيْنُ مِنْ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ اسْتَدْرَكَ الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ عُمَرَ قَيَّدَ جَوَازَ ذَلِكَ بِالْبَيْعِ دُونَ الْقَرْضِ، وَأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ أَحْمَدَ أَجَازَ ذَلِكَ فِي الْقَرْضِ وَالْبَيْعِ مَعًا، وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ النَّظْمِ.

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ: «وَلَا بِعُقْدَةِ الْأَصْلِ قُرِنَ». أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمُرْتَهِنِ بَيْعُ الرَّهْنِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الرَّهْنُ مَقْرُونًا بِعُقْدَةِ الْبَيْعِ أَوِ الْقَرْضِ؛ بِأَنْ كَانَ مُتَطَوَّعًا بِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ، أَمَّا إِنْ كَانَ مُشْتَرَطًا فِي أَصْلِ الْمُعَامَلَةِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمُرْتَهِنِ بَيْعُهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ، فَنَائِبُ قُرِنَ عَلَى هَذَا الِاحْتِمَالِ ضَمِيرُ الرَّهْنِ، وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِنَقْلِ الشَّارِحِ عَنِ الْمُتَيْطِيِّ، أَنَّهُ إِنِ اشْتَرَطَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ أَنَّ لَهُ بَيْعَ الرَّهْنِ عِنْدَ الْأَجَلِ مِنْ غَيْرِ مُؤَامَرَةِ صَاحِبِهِ، أَوِ الْعَدْلِ إِنْ كَانَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ، جَازَ إِنْ كَانَ الرَّهْنُ بَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَعْرُوفٌ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْإِذْنِ فِي بَيْعِهِ.

قَالَ بَعْضُ الشُّيُوخِ: وَذَلِكَ جَائِزٌ بِاتِّفَاقٍ.

وَاخْتُلِفَ إِذَا كَانَ ذَلِكَ شَرْطًا فِي أَصْلِ الْعَقْدِ، فَقَالَ مَالِكٌ: لَا يُبَاعُ إِلَّا بِأَمْرِ السُّلْطَانِ إِنْ كَانَ الرَّهْنُ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ، أَوْ بِيَدِ عَدْلٍ فَإِنْ بِيعَ نَفَذَ الْبَيْعُ وَلَمْ يُرَدَّ(٢).

ثُمَّ قَالَ: وَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَلَوْ طَاعَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ بَعْدَ الْبَيْعِ، وَقَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ بِأَنْ رَهَنَهُ رَهْنًا، وَوَكَّلَهُ عَلَى بَيْعِهِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ دُونَ مُؤَامَرَةِ سُلْطَانٍ جَازَ اتِّفَاقًا؛ لِأَنَّهُ مَعْرُوفٌ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ شَرْطُ تَوْكِيلِ غَيْرِهِمَا، وَهُوَ الْوَاقِعُ فِي عَصْرِنَا. اهـ(٣).

---

(١) فتح العلي المالك ٤/ ٧٤.

(٢) المدونة ٤/ ١٣٨.

(٣) البيان والتحصيل ١١/ ١٨.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ الرَّهْنَ إِذَا كَانَ مُتَطَوَّعًا بِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلِلْمُرْتَهِنِ بَيْعُهُ اتِّفَاقًا، وَإِلَيْهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَلَا بِعُقْدَةِ الْأَصْلِ قُرِنَ». وَمَفْهُومُهُ إِنْ كَانَ مَشْرُوطًا مَدْخُولًا عَلَيْهِ، فَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ بَيْعُهُ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَالِاحْتِمَالُ الْأَوَّلُ الْمُؤَيَّدُ بِكَلَامِ ابْنِ سَلْمُونٍ هُوَ أَقْرَبُ لِعِبَارَةِ النَّاظِمِ، حَيْثُ عَيَّنَ وَقْتَ الْجُعْلِ بِقَوْلِهِ: «مَعَ جَعْلِهِ ذَاكَ لَهُ وَلَمْ يَجِنْ...» إلَخْ. وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي عِبَارَةِ الْمُتَيْطِيِّ عَلَى نَقْلِ الشَّارِحِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(تَنْبِيهَاتٌ):

الْأَوَّلُ: مَا ذَكَرَهُ النَّاظِمُ مِنْ أَنَّهُ إِذَا أَذِنَ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ وَقَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ، جَازَ لِلْمُرْتَهِنِ الْبَيْعُ بِذَلِكَ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: قَالَ صَاحِبُ الْبَيَانِ وَابْنُ مَرْزُوقٍ: لَكِنْ نَقَلَ الْمُتَيْطِيُّ عَنْ بَعْضِ الْمُوَثِّقِينَ مَنْعَهُ؛ لِأَنَّهُ هَدِيَّةُ مِدْيَانٍ(١).

وَالثَّانِي: مَا فُهِمَ مِنْ كَلَامِ النَّاظِمِ مِنْ أَنَّ الْإِذْنَ إِذَا كَانَ بَعْدَ الْأَجَلِ لَا عِبْرَةَ بِهِ، هُوَ خِلَافُ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَلَا يَسْتَقِلُّ الْمُرْتَهِنُ بِالْبَيْعِ إِلَّا بِإِذْنٍ بَعْدَ الْأَجَلِ(٢).

التَّوْضِيحُ: قَوْلُهُ: وَلَا يَسْتَقِلُّ. بَلْ يُرْفَعُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيُطَالِبَ الرَّاهِنَ أَوْ يُكَلِّفَهُ الْبَيْعَ، فَإِنِ امْتَنَعَ بَاعَ عَلَيْهِ. اهـ.

الثَّالِثُ: قَالَ فِي التَّوْضِيحِ عَنِ الْجَوَاهِرِ: فَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ لِمَنْ عَلَى يَدَيْهِ الرَّهْنُ مِنْ مُرْتَهِنٍ أَوْ عَدْلٍ: إِنْ لَمْ آتِ إِلَى أَجَلِ كَذَا فَأَنْتَ مُسَلَّطٌ عَلَى بَيْعِ الرَّهْنِ. فَلَا يَبِيعُهُ إِلَّا بِأَمْرِ السُّلْطَانِ، فَإِنْ بَاعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَفَذَ. اهـ. وَنَحْوُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

ثُمَّ قَالَ: وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ الْبَيْعُ هُنَا لِلأَمِينِ إِلَّا بِأَمْرِ السُّلْطَانِ؛ لِأَنَّهُ قَيَّدَ الْبَيْعَ بِأَنْ لَمْ يَأْتِ، وَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ أَتَى أَوْ حَاضِرًا مَعَهُ فِي الْبَلَدِ، فَلِذَلِكَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ نَظَرِ السُّلْطَانِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ قَدْ أَذِنَ إِذْنًا مُطْلَقًا.

وَعَلَى مَا فِي الْجَوَاهِرِ وَالْمُدَوَّنَةِ مِنْ التَّقْيِيدِ بِقَوْلِهِ: إِنْ لَمْ آتِ. عَوَّلَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ مَعَ اعْتِبَارِ الْإِذْنِ الْحَاصِلِ فِي نَفْسِ الْعَقْدِ بِالنِّسْبَةِ لِلأَمِينِ، وَالْحَاصِلِ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُرْتَهِنِ، حَيْثُ قَالَ: وَلِلأَمِينِ بَيْعُهُ بِإِذْنٍ فِي عَقْدِهِ. إِنْ لَمْ يَقُلْ: إِنْ لَمْ آتِ. كَالْمُرْتَهِنِ بَعْدَهُ

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٥٧٠.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٧٩.

وَإِلَّا مَضَى فِيهِمَا(١).

(فَرْعٌ) إذْنُ الرَّاهِنِ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ هُوَ تَوْكِيلٌ مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ، وَالْقَاعِدَةُ أَنَّ لِلْمُوَكِّلِ عَزْلَ وَكِيلِهِ، إلَّا إذَا تَعَلَّقَ بِالْوَكَالَةِ حَقُّ الْغَيْرِ كَمَسْأَلَتِنَا هَذِهِ، فَلَيْسَ لَهُ حِينَئِذٍ عَزْلُهُ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ تَعَلَّقَ لَهُ حَقٌّ بِالْوَكَالَةِ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: لِأَنَّ فِي ذَلِكَ حَقًّا لِلطَّالِبِ إنْ كَانَ حَاضِرًا، فَلَهُ أَنْ لَا يَتَكَلَّفَ مُطَالَعَةَ سُلْطَانٍ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَنْ لَا يَتَكَلَّفَ إثْبَاتَهَا. اهـ.

وَجَازَ رَهْنُ الْعَيْنِ حَيْثُ يُطْبَعُ عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَ أَمِينٍ يُوضَعُ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ رَهْنُ الْعَيْنِ ذَهَبًا كَانَ أَوْ فِضَّةً إذَا طُبِعَ عَلَيْهِ أَوْ جُعِلَ بِيَدِ أَمِينٍ؛ لِأَنَّهُ حَيْثُ لَمْ يُطْبَعْ عَلَيْهِ، وَلَا جُعِلَ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ يُتَّهَمُ الْمُرْتَهِنُ بِسَلَفِهِ وَرَدِّ مِثْلِهِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَمَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ إنْ لَمْ يُطْبَعْ عَلَيْهِ أَوْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ امْتَنَعَ مُطْلَقًا(٢).

وَقَالَ أَشْهَبُ: إنْ كَانَ نَقْدًا لِقُوَّةِ التُّهْمَةِ(٣).

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي أَنَّ الرَّهْنَ إذَا كَانَ مِمَّا يُعْرَفُ كَالْحَيَوَانِ وَالْكِتَابِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَالْحُلِيِّ جَازَ أَنْ يُوضَعَ تَحْتَ يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ مُمْتَنِعٌ إلَّا أَنْ يُطْبَعَ عَلَيْهِ أَوْ يُوضَعَ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ.

الْمَازِرِيُّ: وَإِنَّمَا امْتَنَعَ إذَا لَمْ يُطْبَعْ عَلَيْهِ أَنْ يُوضَعَ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ حِمَايَةً لِلذَّرِيعَةِ أَنْ يَكُونَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ قَصَدَا أَنْ يُقْبَضَ عَلَى جِهَةِ السَّلَفِ، وَيُسَمِّيَا ذَلِكَ الْقَبْضَ رَهْنًا.

وَاشْتِرَاطُ السَّلَفِ فِي الْمُدَايَنَةِ وَالْمُبَايَعَةِ مَمْنُوعٌ، وَالتَّطَوُّعُ بِهِ كَهِبَةِ مِدْيَانٍ، وَقَوْلُهُ: مُطْلَقًا. أَيْ كَانَ نَقْدًا أَوْ طَعَامًا مَكِيلاً أَوْ مَوْزُونًا.

وَقَالَ أَشْهَبُ: إنَّمَا يَمْتَنِعُ فِي النَّقْدِ.

وَهَكَذَا نَقَلَ الْمَازِرِيُّ، وَلَفْظُهُ: وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ وَلَيْسَ مِنْ الْأَثْمَانِ الَّتِي هِيَ الدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمُ وَالْفُلُوسُ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، فَإِنَّ فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ: الْمَشْهُورُ مِنْهُمَا إلْحَاقُ ذَلِكَ بِالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ، وَقَدْ أَجَازَ أَشْهَبُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِي الدَّرَاهِمِ

---

(١) مختصر خليل ص ١٦٧.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٧٧.

(٣) جامع الأمهات ص ٣٧٧.

وَالدَّنَانِيرِ مِمَّنْ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهَا مُسْتَخَفٌّ، وَيَبْعُدُ اسْتِخْفَافُ ذَلِكَ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ. اهـ.

قَالَ الشَّارِحُ: ظَاهِرُ اقْتِصَارِ الشَّيْخِ عَلَى ذِكْرِ الْعَيْنِ دُونَ الطَّعَامِ وَمَا أَشْبَهَهُ أَنَّهُ مُوَافِقٌ لِمَا نُقِلَ عَنْ أَشْهَبَ فِي المَجْمُوعَةِ، دُونَ مَا تَقَدَّمَ لِابْنِ الْقَاسِمِ فِي إِلْحَاقِهِ مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ بِالْعَيْنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَالـرَّهْنُ لِلْمُـشَاعِ مَـعَ مَـنْ رَهَنَـا ... قَـبْضُ جَمِيعِـهِ لَـهُ تَعَيَّنَـا

وَمَـعَ غَـيْرِ رَاهِـنٍ يَكْفِيـهِ أَنْ ... يَحُـلَّ فِيـهِ كَحُلُـولِ مَـنْ رَهَـنْ

تَكَلَّمَ فِي الْبَيْتَيْنِ عَلَى كَيْفِيَّةِ قَبْضِ الرَّهْنِ إِذَا كَانَ جُزْءًا مُشَاعًا أَيْ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، بَلْ هُوَ عَامٌّ شَائِعٌ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ الشَّيْءِ المُرْتَهَنِ بَعْضِهِ، كَنِصْفِ دَارٍ أَوْ رُبْعِهَا أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَجْزَاءِ، فَإِنَّ النِّصْفَ مَثَلاً لَا يَخْتَصُّ بِمَوْضِعٍ مِنْهَا دُونَ آخَرَ، بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنْهَا، هَكَذَا الرُّبْعُ وَالثُّمُنُ، وَسَائِرُ الْأَجْزَاءِ المُشَاعَةِ لَا تَخْتَصُّ بِمَحَلٍّ دُونَ آخَرَ.

فَمَنْ رَهَنَ جُزْءًا كَرُبْعٍ مَثَلاً، فَإِنَّ مَا عَدَا ذَلِكَ الْجُزْءِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِلرَّاهِنِ أَيْضًا، كَمَالِكِ دَارٍ رَهَنَ نِصْفَهَا مَثَلاً، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لِغَيْرِ الرَّاهِنِ، كَمَنْ يَمْلِكُ نِصْفَ دَارٍ فَرَهَنَهُ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لِلرَّاهِنِ وَلِغَيْرِهِ مَعًا، كَمَنْ يَمْلِكُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ دَارٍ فَرَهَنَ نِصْفَهَا، فَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ لَا يَتِمُّ الرَّهْنُ فِيهِ إِلَّا بِحَوْزِ جَمِيعِ الدَّارِ مَثَلاً، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي فَيَكْفِي فِي حَوْزِهِ حَوْزُ النِّصْفِ الَّذِي يَمْلِكُهُ الرَّاهِنُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمَعَ غَيْرِ رَاهِنٍ...» الْبَيْتَ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّالِثُ فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنْ حَوْزِ الثَّلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ إِذْ بِحَوْزِهَا يَحِلُّ مَحَلَّ الرَّاهِنِ، وَيَصْدُقُ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا قَوْلُهُ: «وَمَعَ غَيْرِ رَاهِنٍ...» إِلَخْ. لِأَنَّهُ يَصْدُقُ بِغَيْرِ الرَّاهِنِ وَحْدَهُ كَمَا فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَبِغَيْرِ الرَّاهِنِ وَلِغَيْرِ الرَّاهِنِ مَعًا كَمَا فِي الصُّورَةِ الثَّالِثَةِ، وَالمَقْصُودُ فِي الصُّوَرِ كُلِّهَا رَفْعُ يَدِ الرَّاهِنِ وَعَدَمُ جَوَلَانِهَا فِي الرَّهْنِ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ بِرَهْنِ جُزْءٍ مُشَاعٍ غَيْرِ مَقْسُومٍ مِنْ رَبْعٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ عَرَضٍ، وَقَبْضِهِ إِنْ كَانَ بَيْنَ الرَّاهِنِ وَغَيْرِهِ، أَنْ يَحُوزَ المُرْتَهِنُ حِصَّةَ الرَّاهِنِ وَيُكْرِيهِ، وَيُوَلِّيهِ مَعَ مَنْ لَهُ فِيهِ شِرْكٌ كَرَبِّهِ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَضَعَاهُ عَلَى يَدِ الشَّرِيكِ، وَالْحَوْزُ

فِي ارْتِهَانِ مَا يَمْلِكُ الرَّاهِنُ جَمِيعَهُ مِنْ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ أَوْ دَابَّةٍ أَوْ ثَوْبٍ قَبْضُ جَمِيعِهِ[١].

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَاخْتُلِفَ فِي الدَّارِ فَقِيلَ: لَا يَجُوزُ حَتَّى يَقْبِضَ الْمُرْتَهِنُ جَمِيعَهَا أَوْ تَكُونَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ، وَقِيلَ: تَكُونُ بِيَدِ الرَّاهِنِ مَعَ يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَيُكْرِيَانِ جَمِيعًا، وَيَصِحُّ الْحَوْزُ أَوْ يَضَعَانِهَا جَمِيعًا عَلَى غَيْرِهِمَا، مَا لَمْ يَكُنِ الْمَوْضُوعُ عَلَى يَدِهِ هُوَ الْقَيِّمُ بِهِ مِثْلُ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: إِطْلَاقُ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللهُ فِي جَوَازِ رَهْنِ الْمُشَاعِ مَعَ غَيْرِ الرَّاهِنِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ لَهُ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ غَيْرَ رَبْعٍ وَلَا يَنْقَسِمُ، يَقْتَضِي أَنَّهُ اعْتَمَدَ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي ذَلِكَ، فَإِنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ الشَّرِيكِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: فِي الْكَلَامِ عَلَى رَهْنِ الْمُشَاعِ، وَهُوَ فِيمَا بَاقِيهِ لِغَيْرِ الرَّاهِنِ رَبْعًا أَوْ مُنْقَسِمًا لَا يَفْتَقِرُ لِإِذْنِ شَرِيكِهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُ فَفِي كَوْنِهِ كَذَلِكَ، وَوَقْفِهِ عَلَيْهِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ قَائِلًا: لِأَنَّ رَهْنَهُ يَمْنَعُهُ مِنْ بَيْعِهِ نَاجِزًا. اهـ[٢].

وَكَذَلِكَ إِطْلَاقُهُ فِي حَوْزِ الْمُشَاعِ بِحُلُولِ الْمُرْتَهِنِ مَحَلَّ الرَّاهِنِ دُونَ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ كَوْنِهِ دَارًا أَوْ أَرْضًا فَيَكْفِي فِيهِ ذَلِكَ، وَبَيْنَ كَوْنِهِ مِمَّا يُنْقَلُ كَالثَّوْبِ وَالْعَبْدِ فَيَكْفِي فِيهِ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ دُونَ قَوْلِ أَشْهَبَ: أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِيهِ ذَلِكَ. يَقْتَضِي أَنَّهُ اعْتَمَدَ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ أَيْضًا فِي ذَلِكَ دُونَ قَوْلِ أَشْهَبَ.

وَالرَّهْنُ مَحْبُوسٌ بِبَاقِي مَا وَقَعْ ... فِيهِ وَلَا يَرُدُّ قَدْرَ مَا انْدَفَعْ

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ بَعْضَ حَقِّهِ، وَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَرُدَّ لَهُ مِنَ الرَّهْنِ مَا يُقَابِلُ مَا دَفَعَ مِنَ الْحَقِّ إِذَا كَانَ الرَّهْنُ مِمَّا يَنْقَسِمُ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَا الْمُرْتَهِنِ، وَالرَّهْنُ بِجُمْلَتِهِ مَحْبُوسٌ بِبَاقِي الْحَقِّ إِلَى أَنْ يَقَعَ مِنْهُ الْخَلَاصُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَكُلُّ جُزْءٍ مِنَ الرَّهْنِ رَهْنٌ بِكُلِّ جُزْءٍ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي هُوَ رُهِنَ فِيهِ، بِمَعْنَى الْكُلِّيَّةِ فِيهِمَا لَا بِمَعْنَى التَّوْزِيعِ، إِنِ اتَّحَدَ مَالِكُ الدَّيْنِ وَإِنْ تَعَدَّدَ، وَلَا شَرِكَةَ بَيْنَهُمْ فِيهِ، فَعَلَى مَعْنَى التَّوْزِيعِ[٣].

---

(١) التاج والإكليل ٥/٤.

(٢) منح الجليل ٥/٤٢٤، والتاج والإكليل ٥/٥.

(٣) منح الجليل ٥/٤٨٦.

وَفِيهَا مَنْ رَهَنَ امْرَأَتَهُ رَهْنًا بِكُلِّ المَهْرِ قَبْلَ الْبِنَاءِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ نِصْفِ الرَّهْنِ، وَالرَّهْنُ أَجْمَعُ رَهْنٌ بِنِصْفِ المَهْرِ، كَمَنْ قَضَى بَعْضَ الدَّيْنِ أَوْ وُهِبَ لَهُ، فَكُلُّ الرَّهْنِ رَهْنٌ بِمَا بَقِيَ[(١)].

وَفِيهَا مَنْ رَهَنَ دَارًا مِنْ رَجُلَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً فِي دَيْنٍ لَهُمَا وَلَا شَرِكَةَ بَيْنَهُمَا، فَقَضَى أَحَدُهُمَا كُلَّ حَقِّهِ، أَخَذَ حِصَّتَهُ مِنْ الدَّارِ.

وَمِنْ المُدَوَّنَةِ: مَنْ ارْتَهَنَ دَابَّةً أَوْ دَارًا أَوْ ثَوْبًا فَاسْتَحَقَّ نِصْفَ ذَلِكَ مِنْ يَدِ المُرْتَهِنِ فَبَاقِيهِ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الْحَقِّ. اهـ[(٢)].

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَإِذَا قَضَى بَعْضَ الدَّيْنِ أَوْ سَقَطَ، فَجَمِيعُ الرَّهْنِ فِيمَا بَقِيَ كَاسْتِحْقَاقِ بَعْضِهِ[(٣)].

وَ«بِبَاقِي» يَتَعَلَّقُ بِمَحْبُوسٍ، وَ«مَا» مَوْصُولٌ مُضَافٌ إِلَيْهِ، مَا قَبْلَهُ وَاقِعٌ عَلَى الدَّيْنِ، أَيْ بِبَاقِي الدَّيْنِ الَّذِي وَقَعَ الرَّهْنُ فِيهِ، «وَلَا يُرَدُّ» مِنْ الرَّهْنِ «قَدْرُ مَا» دُفِعَ مِنْ الدَّيْنِ.

وَشَرْطُ مِلْكِ الرَّهْنِ حَيْثُ لَا يَقَعْ إِنْصَافُهُ مِنْ حَقِّهِ النَّهْيُ وَقَعْ

يَعْنِي أَنَّهُ نُهِيَ عَنْ أَنْ يَشْتَرِطَ المُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُنْصِفْهُ مِنْ حَقِّهِ لِأَجَلِ كَذَا مَلَكَ الرَّهْنَ فِي ذَلِكَ الْحَقِّ، وَذَلِكَ هُوَ غَلْقُ الرَّهْنِ الَّذِي وَرَدَ النَّهْيُ عَنْهُ.

ذَكَرَ الْإِمَامُ مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»[(٤)].

قَالَ مَالِكٌ: تَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نُرَى -وَاللهُ أَعْلَمُ- أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِشَيْءٍ، وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رَهَنَ بِهِ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إِلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَك بِمَا فِيهِ، فَهَذَا لَا يَصِحُّ وَلَا يَحِلُّ، وَهُوَ الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَهُ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الْأَجَلِ فَهُوَ لَهُ، وَأُرَى هَذَا الشَّرْطَ مُنْفَسِخًا[(٥)].

وَفِي ابْنِ يُونُسَ: وَمَنْ لَك عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَى أَجَلٍ مَعَ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ فَيَرْهَنُكَ بِهِ رَهْنًا عَلَى

---

(١) المدونة ٤/ ١٤٢، والتاج والإكليل ٥/ ٢٩.

(٢) التاج والإكليل ٥/ ٢٩.

(٣) مختصر خليل ص ١٦٨.

(٤) الموطأ (كتاب: الأقضية/ باب: ما لا يجوز من غلق الرهن/ حديث رقم: ١٤٣٧)، سنن ابن ماجه (كتاب: الأحكام/ باب: لا يغلق الرهن/ حديث رقم: ٢٤٤١).

(٥) الموطأ ٢/ ٧٢٨.

أَنَّهُ إنْ لَمْ يَفْتَدِهِ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ فَالرَّهْنُ لَكَ بِدَيْنِكَ، لَمْ يَجُزْ وَيُنْقَضُ هَذَا الرَّهْنُ وَلَا يُنْتَظَرُ بِهِ الْأَجَلُ.

قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ: وَيَصِيرُ السَّلَفُ حَالًّا[1].

وَلَكَ أَنْ تَحْبِسَ الرَّهْنَ حَتَّى تَأْخُذَ حَقَّكَ وَأَنْتَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ الْغُرَمَاءِ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَهَذَا إذَا كَانَ الرَّهْنُ فِي أَصْلِ الْبَيْعِ أَوْ السَّلَفِ، وَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ فَسَدَ الْبَيْعُ وَالسَّلَفُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي مَا يَصِحُّ لَهُ فِي ثَمَنِ سِلْعَتِهِ الثَّمَنُ أَوْ الرَّهْنُ، وَكَذَلِكَ فِي السَّلَفِ لَا يَدْرِي هَلْ يُرْجِعُ إلَيْهِ مَا أَسْلَفَ أَوْ الرَّهْنَ، وَلَوْ كَانَ هَذَا الرَّهْنُ بَعْدَ أَنْ وَقَعَ الْبَيْعُ أَوْ السَّلَفُ لَمْ يُفْسَخْ إلَّا الرَّهْنُ وَحْدَهُ، وَيَأْخُذُهُ رَبُّهُ وَيَبْقَى الْبَيْعُ وَالسَّلَفُ بِلاَ رَهْنٍ إلَى أَجَلِهِ، وَلَا يَكُونُ الْمُرْتَهِنُ أَحَقَّ بِهَذَا الرَّهْنِ فِي فَلَسٍ وَلَا مَوْتٍ. اهـ[2].

«وَشَرْطُ» مُبْتَدَأٌ أَوَّلُ، وَهُوَ مُضَافٌ لِلْمَفْعُولِ، وَ«إِنْصَافُهُ» فَاعِلُ يَقَعُ، وَ«مِنْ حَقِّهِ» يَتَعَلَّقُ بِإِنْصَافِهِ، وَ«النَّهْيُ» مُبْتَدَأٌ ثَانٍ خَبَرُهُ جُمْلَةُ «وَقَعَ» وَالْجُمْلَةُ خَبَرُ الْمُبْتَدَأِ الْأَوَّلِ، وَفَاعِلُ «وَقَعَ» يَعُودُ عَلَى «النَّهْيِ»، وَالرَّابِطُ لِجُمْلَةِ الْخَبَرِ بِالْمُبْتَدَأِ الْأَوَّلِ مَحْذُوفٌ أَيْ عَنْهُ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ الزَّوَائِدِ عَلَى مَا فِي الْمُخْتَصَرِ.

---

(١) منح الجليل ٥/٤٣٨، ومواهب الجليل ٦/٥٤٨.

(٢) منح الجليل ٥/٤٣٨، ومواهب الجليل ٦/٥٤٨.

فصل في اختلاف المتراهنين

ذَكَرَ النَّاظِمُ مِنْ اخْتِلاَفِ الْمُتَرَاهِنَيْنِ ثَلاَثَ مَسَائِلَ: الِاخْتِلاَفَ فِي عَيْنِ الرَّهْنِ، وَالِاخْتِلاَفَ فِي حُلُولِ الْأَجَلِ، وَالِاخْتِلاَفَ فِي صِفَةِ الرَّهْنِ.

وَفِي اخْتِلاَفِ رَاهِنٍ وَمُرْتَهِنْ فِي عَيْنِ رَهْنٍ كَانَ فِي حَقٍّ رُهِنْ
الْقَوْلُ قَوْلُ رَاهِنٍ إِنْ صَدَّقَا مَقَالَهُ شَاهِدُ حَالٍ مُطْلَقَا
كَأَنْ يَكُونَ الْحَقُّ قَدْرُهُ مِائَهْ وَقِيمَةُ الرَّهْنِ لِعَشْرٍ مُبْدِئَهْ

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَرَاهِنَانِ فِي عَيْنِ الرَّهْنِ، فَقَالَ الرَّاهِنُ: لَيْسَ هَذَا رَهْنِي، وَرَهْنِي أَفْضَلُ مِنْ هَذَا. وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: بَلْ هُوَ رَهْنُكَ. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ إِنْ صَدَّقَهُ الْعُرْفُ وَالْحَالُ.

قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ: قَالَ أَصْبَغُ فِيمَنْ رَهَنَ رَهْنًا بِأَلْفِ دِينَارٍ فَجَاءَ لِيَقْبِضَهُ، فَأَخْرَجَ الْمُرْتَهِنُ رَهْنًا يُسَاوِي مِائَةَ دِينَارٍ، فَقَالَ الرَّاهِنُ: لَيْسَ هَذَا رَهْنِي وَقِيمَةُ رَهْنِي أَلْفُ دِينَارٍ. وَذَكَرَ صِفَةً تُسَاوِي أَلْفَ دِينَارٍ، فَالرَّاهِنُ مُصَدَّقٌ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِكَوْنِهِ ادَّعَى مَا يُشْبِهُ وَادَّعَى الْمُرْتَهِنُ مَا لَا يُشْبِهُ، فَإِذَا حَلَفَ -أَيْ الرَّاهِنُ- سَقَطَ عَنْهُ مِنَ الدَّيْنِ مِقْدَارُ قِيمَةِ رَهْنِهِ. اهـ.

وَنَقَلَهُ الْمَوَّاقُ، وَقَالَ إِثْرَهُ مَا نَصُّهُ: وَقَالَ أَشْهَبُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ، وَإِنْ لَمْ يُسَاوِ إِلَّا دِرْهَمًا وَاحِدًا، وَقَالَ عِيسَى عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ نَحْوَ قَوْلِ أَشْهَبَ. ابْنُ حَبِيبٍ: وَبِهِ أَقُولُ، وَقَالَهُ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ. ابْنُ يُونُسَ: كَمَا لَوْ قَالَ لَمْ تُرْهِنِّي شَيْئًا. اهـ[١].

وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ ذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: لَا الْعَكْسُ[٢]. أَيْ لَا يَكُونُ شَاهِدًا عَلَى الرَّهْنِ.

قَوْلُهُ: «فِي عَيْنِ رَهْنٍ». يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ قَدْرَ الدَّيْنِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَجُمْلَةُ «كَانَ فِي حَقٍّ» صِفَةٌ لِرَهْنٍ، وَمَقَالَهُ مَفْعُولُ «صَدَّقَا» وَ«شَاهِدُ» فَاعِلُهُ، وَمَعْنَى الْإِطْلَاقِ: كَانَ الرَّاهِنُ مُتَّهَمًا أَوْ لَا، كَذَا قَالَ بَعْضُ مَنْ شَرَحَهُ، وَجُمْلَةُ «قَدْرُهُ مِائَهْ» خَبَرُ يَكُونُ، وَجُمْلَةُ «وَقِيمَةُ الرَّهْنِ لِعَشْرٍ مُبْدِئَهْ» حَالِيَّةٌ.

وَقَدْ اسْتَطْرَدَ الشَّارِحُ هُنَا حُكْمَ اخْتِلَافِ الْمُتَرَاهِنَيْنِ فِي صِفَةِ الرَّهْنِ إِذَا ضَاعَ مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ أَوْ اخْتِلَافِهِمَا فِيهِ، وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ شَيْئَيْنِ، فَضَاعَ أَحَدُهُمَا أَوْ

---

(١) التاج والإكليل ٥/ ٣٠.

(٢) مختصر خليل ص ١٦٨.

اخْتَلَفَا فِي كَوْنِهِ رَهْنًا أَوْ وَدِيعَةً أَوْ عَارِيَّةً. أُنْظُرْهُ فِيهِ إِنْ شِئْتَ.

وَالْقَوْلُ حَيْثُ يَدَّعِي مَنْ ارْتَهَنْ حُلُولَ وَقْتِ الرَّهْنِ قَوْلُ مَنْ رَهَنْ

وَفِي كَثَوْبٍ خَلَقٍ وَيَدَّعِي جِدَّتَهُ الرَّاهِنُ عَكْسَ ذَا وُعِي

إِلَّا إِذَا خَرَجَ عَمَّا يُشْبِهُ فِي ذَا وَذَا وَالْعَكْسُ لَا يُشْتَبَهُ

اشْتَمَلَ الْبَيْتَانِ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

الْأُولَى: إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَرَاهِنَانِ فِي حُلُولِ أَجَلِ الدَّيْنِ الْمَرْهُونِ فِيهِ، فَادَّعَى الْمُرْتَهِنُ حُلُولَ أَجَلِهِ، وَادَّعَى الرَّاهِنُ عَدَمَ الْحُلُولِ، فَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الرَّاهِنِ، وَأَنَّهُ لَمْ يَحِلَّ إِلَّا إِذَا خَرَجَ قَوْلُهُ عَمَّا يُشْبِهُ وَأَشْبَهَ قَوْلَ الْمُرْتَهِنِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا اخْتَلَفَا فِي جِدَّةِ الرَّهْنِ وَكَوْنِهِ خَلَقًا بَالِيًا مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّهُ هُوَ، فَقَالَ الرَّاهِنُ: كَانَ جَدِيدًا وَإِنَّمَا خَلِقَ بِاسْتِعْمَالِ الْمُرْتَهِنِ. وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: كَذَلِكَ رَهَنْتُهُ خَلَقًا بَالِيًا. فَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ، إِلَّا إِذَا خَرَجَ قَوْلُهُ عَمَّا يُشْبِهُ وَأَشْبَهَ قَوْلُ الرَّاهِنِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ.

قَالَ فِي الْمُقَرَّبِ: قُلْت لَهُ: فَإِنْ اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فِي حُلُولِ الْحَقِّ فَقَالَ الْمُرْتَهِنُ قَدْ حَلَّ وَقَالَ الرَّاهِنُ لَمْ يَحِلَّ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهَنَ قَدْ أَقَرَّ أَنَّ الْحَقَّ إِلَى أَجَلٍ وَادَّعَى انْقِضَاءَهُ وَالْأَصْلُ الِاسْتِصْحَابُ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الرَّاهِنُ مِنْ الْأَجَلِ مَا لَا يُشْبِهُ فَلَا يُصَدَّقُ.

وَفِي طُرُرِ ابْنِ عَاتٍ: وَكَذَلِكَ إِنْ أَتَى بِثَوْبٍ خَلَقٍ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: كَانَ جَدِيدًا. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ إِذَا أَتَى بِمَا يُشْبِهُ.

الْجَوْهَرِيُّ: وَمِلْحَفَةٌ خَلَقٌ وَثَوْبٌ خَلَقٌ أَيْ بَالٍ، يَسْتَوِي فِيهِ الْمُذَكَّرُ وَالْمُؤَنَّثُ؛ لِأَنَّهُ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرُ الْأَخْلَقِ أَيْ الْأَمْلَسِ، وَالْجَمْعُ خُلْقَانٌ، وَمِلْحَفَةٌ خُلَيْقٌ صَغَّرُوهُ بِلَا هَاءٍ؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ، وَالْهَاءُ لَا تَلْحَقُ تَصْغِيرَ الصِّفَاتِ، كَمَا قَالُوا: نُصَيْفٌ، فِي تَصْغِيرِ امْرَأَةٍ نَصَفٍ، وَقَدْ خَلُقَ الثَّوْبُ بِالضَّمِّ خُلُوقًا أَيْ بَلِيَ، وَأَخْلَقَ الثَّوْبُ مِثْلُهُ، وَأَخْلَقْتُهُ أَنَا يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى، وَأَخْلَقْتُهُ ثَوْبًا إِذَا كَسَوْتُهُ ثَوْبًا خَلَقًا، وَثَوْبٌ أَخْلَاقٌ إِذَا كَانَتْ الْخُلُوقَةُ فِيهِ كُلِّهِ، كَمَا قَالُوا: بُرْمَةٌ أَعْشَارٍ، وَأَرْضٌ سَبَاسِبُ. اهـ[1].

---

(١) الصحاح ٤/١٤٧٢.

باب الضمان وما يتعلق به

عَبَّرَ بَعْضُهُمْ بِالضَّمَانِ كَابْنِ الْحَاجِبِ[(١)] وَبَعْضُهُمْ بِالْحَمَالَةِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: الْحَمَالَةُ: الْتِزَامُ دَيْنٍ لَا يُسْقِطُهُ، أَوْ طَلَبُ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ لِمَنْ هُوَ لَهُ[(٢)].

قَوْلُهُ: لَا يُسْقِطُهُ. فِي مَحَلِّ خَفْضٍ صِفَةٌ لِدَيْنٍ، وَفَاعِلُ يُسْقِطُ ضَمِيرُ الِالْتِزَامِ، وَمَفْعُولُهُ الْبَارِزُ لِلدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَا يُسْقِطُ الْحَقَّ عَنْ الْمَضْمُونِ.

وَأَخْرَجَ بِذَلِكَ الْحَوَالَةَ، فَإِنَّ الْتِزَامَ قَبُولِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِلْحَوَالَةِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُشْتَرَطُ عَلَى الْمَشْهُورِ يُسْقِطُ الدَّيْنَ الَّذِي كَانَ لِلْمُحَالِ -بِالْفَتْحِ- عَلَى الْمُحِيلِ -بِالْكَسْرِ-، وَيَصِيرُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ: أَوْ طَلَبِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ. طَلَبِ: بِالْخَفْضِ عَطْفٌ عَلَى دَيْنٍ مَدْخُولِ الِالْتِزَامِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ الْحَمَالَةُ بِالْوَجْهِ وَالْحَمَالَةُ بِالطَّلَبِ.

وَسُمِّيَ الضَّامِنُ بِالْحَمِيلِ ... كَذَاكَ بِالزَّعِيمِ وَالْكَفِيلِ

يَعْنِي أَنَّ الضَّامِنَ يُسَمَّى بِهَذِهِ الْأَسْمَاءِ الَّتِي هِيَ الْحَمِيلُ وَالزَّعِيمُ وَالْكَفِيلُ، وَالْمُرَادُ مِنْ ذَلِكَ بَيَانُ صِيَغِ الضَّمَانِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: الصِّيغَةُ مَا دَلَّ عَلَى الْحَقِيقَةِ عُرْفًا[(٣)]. فَفِيهَا مَنْ قَالَ: أَنَا حَمِيلٌ بِفُلَانٍ أَوْ زَعِيمٌ أَوْ كَفِيلٌ أَوْ ضَامِنٌ أَوْ قَبِيلٌ، أَوْ هُوَ لَكَ عِنْدِي، أَوْ عَلَيَّ، أَوْ إِلَيَّ، أَوْ قِبَلِي، فَهِيَ حَمَالَةٌ لَازِمَةٌ، إِنْ أَرَادَ الْوَجْهَ لَزِمَهُ، وَإِنْ أَرَادَ الْمَالَ لَزِمَهُ[(٤)].

وَهُوَ مِنَ الْمَعْرُوفِ فَالْمَنْعُ اقْتَضَى ... مِنْ أَخْذِهِ أَجْرًا بِهِ أَوْ عِوَضَا

يَعْنِي أَنَّ الضَّمَانَ مِنْ الْمَعْرُوفِ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ فِي مُقَابَلَتِهِ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَقَالَ مَالِكٌ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ: لَا خَيْرَ فِي الْحَمَالَةِ بِجُعْلٍ[(٥)].

---

(١) وعرَّفه بقوله: شغل ذمة أخرى بالحق. انظر: جامع الأمهات ص ٣٩١.

(٢) منح الجليل ٦/١٩٨.

(٣) منح الجليل ٩/٤٢٦.

(٤) التاج والإكليل ٥/١١٦.

(٥) الذخيرة ٩/٢١٨، والتاج والإكليل ٥/١١١، والجعل هو الأجر على الشيء فعلاً أو قولاً، أو هو ما جُعل للإنسان من شيء على شيء يفعله. انظر: أنيس الفقهاء ص ٦٠، ولسان العرب ١١/١١٠.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فَإِنْ نَزَلَ وَكَانَ يَعْلَمُ صَاحِبَ الْحَقِّ، سَقَطَتْ الْحَمَالَةُ وَرَدَّ الْجُعْلَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْلَمُهُ، فَالْحَمَالَةَ لَازِمَةٌ لِلْحَمِيلِ، وَيُرَدُّ الْجُعْلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ. وَقَالَهُ أَصْبَغُ(١).

وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: الْحَمَالَةُ بِجُعْلٍ فَاسِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْجُعْلَ، فَإِنْ كَانَ الْمُتَحَمَّلُ عَنْهُ مُوسِرًا كَانَ مِنْ أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَغَرِمَ الْحَمِيلُ كَانَ رِبَا سَلَفٍ بِزِيَادَةٍ، فَقَضَاؤُهُ عَنْهُ سَلَفٌ، وَالزِّيَادَةُ الْجُعْلُ الْمُتَقَدِّمُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْجُعْلُ يَأْخُذُهُ الْحَمِيلُ أَوْ غَيْرُهُ، وَاخْتُلِفَ إِذَا كَانَ يَحْصُلُ الْجُعْلُ أَوْ الْمَنْفَعَةُ لِلْغَرِيمِ، وَكَانَتْ الْحَمَالَةُ بِمَا حَلَّ؛ لِيُؤَخِّرَهُ بِهِ إِلَى أَجَلٍ أَوْ بِمَا لَمْ يَحِلَّ؛ لِيَأْخُذَهُ إِذَا حَلَّ الْأَجَلُ، فَإِذَا كَانَ الْجُعْلُ تَحْصُلُ مَنْفَعَتُهُ لِلْحَمِيلِ رُدَّ الْجُعْلُ قَوْلًا وَاحِدًا.

وَيَفْتَرِقُ الْجَوَابُ فِي ثُبُوتِ الْحَمَالَةِ وَسُقُوطِهَا، وَفِي صِحَّةِ الْبَيْعِ وَفَسَادِهِ، وَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ، أُنْظُرْ تَمَامَهُ فِي الشَّرْحِ إِنْ شِئْتَ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا يَجُوزُ الضَّمَانُ بِجُعْلٍ(٢).

التَّوْضِيحُ: أَيْ لَا يَجُوزُ لِلضَّامِنِ أَنْ يَأْخُذَ جُعْلًا، سَوَاءٌ كَانَ مِنْ رَبِّ الدَّيْنِ أَوْ الْمِدْيَانِ أَوْ غَيْرِهِمَا.

الْمَازِرِيُّ: وَلِلْمَنْعِ عِلَّتَانِ:

أَوَّلُهُمَا: أَنَّ ذَلِكَ مِنْ بِيَاعَاتِ الْغَرَرِ؛ لِأَنَّ مَنْ اشْتَرَى سِلْعَةً وَقَالَ لِرَجُلٍ: تَحَمَّلْ عَنِّي بِثَمَنِهَا وَهُوَ مِائَةٌ عَلَى أَنْ أُعْطِيَكَ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ، أَوْ بَاعَ سِلْعَةً وَقَالَ لِآخَرَ: تَحَمَّلْ عَنِّي الدَّرْكَ فِي ثَمَنِهَا إِنْ وَقَعَ الِاسْتِحْقَاقُ وَأَنَا أُعْطِيكَ عَشَرَةً لَمْ يَدْرِ الْحَمِيلُ، هَلْ يُفْلِسُ مَنْ تَحَمَّلَ عَنْهُ، أَوْ يَغِيبُ فَيَخْسَرُ مِائَةَ دِينَارٍ، وَلَمْ يَأْخُذْ إِلَّا عَشَرَةً، أَوْ يَسْلَمَ مِنْ الْغَرَامَةِ فَيَأْخُذُ الْعَشَرَةَ.

ثَانِيهِمَا: أَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ أَمْرَيْنِ مَمْنُوعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَدَّى الْغَرِيمُ كَانَ لَهُ الْجُعْلُ بَاطِلًا، وَإِنْ أَدَّى الْحَمِيلُ وَرَجَعَ بِهِ عَلَى الْمَضْمُونِ صَارَ كَأَنَّهُ أَسْلَفَهُ مَا أَدَّى، وَرَبِحَ ذَلِكَ الْجُعْلَ، فَكَانَ سَلَفًا بِزِيَادَةٍ.

مَالِكٌ: وَيُرَدُّ الْجُعْلُ(٣).

---

(١) الذخيرة ٩/٢١٨، والتاج والإكليل ٥/١١١.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٩١.

(٣) التاج والإكليل ٥/١١١.

ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ الطَّالِبُ سَقَطَتْ الْحَمَالَةُ وَإِلَّا رَدَّ الْجُعْلَ، وَالْحَمَالَةُ عَامَّةٌ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْفَسَادُ فِي الْحَمَالَةِ مَحَلَّ الْحَاجَةِ مِنْهُ الْآنَ(١).

(فَائِدَةٌ) ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ لَا تُفْعَلُ إِلَّا للهِ سُبْحَانَهُ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهَا: أَحَدُهَا: الضَّمَانُ، وَالثَّانِي: رِفْقُ الْجَاهِ، وَالثَّالِثُ: الْقَرْضُ، وَقَدْ جَمَعَهَا شَيْخُنَا الْعَالِمُ الْمُتَفَنِّنُ الْمَرْحُومُ بِفَضْلِ اللهِ وَكَرَمِهِ أَبُو مُحَمَّدٍ سَيِّدِي عَبْدُ الْوَاحِدِ بْنُ عَاشِرٍ فِي بَيْتٍ فَقَالَ:

الْقَرْضُ وَالضَّمَانُ رِفْقُ الْجَاهِ ... تُمْنَعُ أَنْ تُرَى لِغَيْرِ اللهِ

وَالْحُكْمُ ذَا حَيْثُ اشْتِرَاطُ مَنْ ضَمِنْ ... حَطًّا مِنَ الْمَضْمُونِ عَمَّنْ قَدْ ضَمِنْ

يَعْنِي أَنَّ الْحُكْمَ الْمُتَقَدِّمَ وَهُوَ الْمَنْعُ، وَعَدَمُ الْجَوَازِ جَارٍ فِيمَا إِذَا اشْتَرَطَ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ لَهُ أَنْ يَحُطَّ عَنْ الْمَضْمُونِ بَعْضَ دَيْنِهِ الْحَالِّ، وَيَضْمَنُ لَهُ بَاقِيه إِلَى أَجَلٍ يَضْرِبَانِهِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَقِيلَ بِجَوَازِ ذَلِكَ وَهُوَ أَبْيَنُ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَاخْتُلِفَ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ حَالٌّ فَأَخَّرَهُ إِلَى أَجَلٍ عَلَى أَنْ يَتَحَمَّلَ بِهِ رَجُلٌ، وَيُسْقِطُ الطَّالِبُ بَعْضَ دَيْنِهِ.

فَقَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ وَغَيْرُهُمْ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ حَالٌّ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: ضَعْ لَهُ بَعْضَ دَيْنِكَ عَلَيْهِ وَأَنَا أَتَحَمَّلُ لَك بِمَا بَقِيَ إِلَى أَجَلٍ آخَرَ: لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِحَقِّهِ حَالًّا، فَتَأْخِيرُهُ لَهُ بِحَمِيلٍ.

وَقَالَ: سَلَفَ مِنْهُ بِحَمِيلٍ. اخْتَلَفَتْ رِوَايَةُ أَشْهَبَ عَنْهُ بِالْجَوَازِ وَالْكَرَاهَةِ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعُتْبِيَّةِ: لَا يَصِحُّ ذَلِكَ. قَالَ: وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ لَوْ قَالَ: أَعْطِنِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مِنْ دَيْنِكَ وَأَنَا أَتَحَمَّلُ لَك. فَتَكُونُ الْحَمَالَةُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ حَرَامًا وَالْأَوَّلُ أَبْيَنُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ لَهُ عَلَى رَجُلٍ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ إِلَى أَجَلٍ فَقَالَ لَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ: هَلْ لَك أَنْ أَحُطَّ عَنْكَ دِينَارَيْنِ وَتُعْطِينِي بِالثَّمَانِيَةِ رَهْنًا أَوْ حَمِيلاً: فَلَا بَأْسَ بِهِ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يَجُوزُ. اهـ.

قِيلَ: لِأَنَّهُ إِذَا أَخَذَ رَهْنًا أَوْ حَمِيلاً فِي حُكْمِ مَنْ تَعَجَّلَ حَقَّهُ عَلَى أَنْ يُسْقِطَ بَعْضَهُ.

وَقَدْ ذَهَبَ النَّاظِمُ عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَهُوَ الْمَنْعُ وَعَدَمُ الْجَوَازِ، حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ لَمْ يَحِلَّ، وَلَفْظُهُ يَشْمَلُهُمَا.

---

(١) التاج والإكليل ٥/١١١.

وَبِاشْتِرَاكٍ وَاسْتِوَاءٍ فِي الْعَدَدْ   تَضَامُنٌ خُفِّفَ فِيهِ إِنْ وَرَدْ

التَّضَامُنُ تَفَاعُلٌ مَصْدَرٌ مِنْ تَضَامَنَ، وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ كُلٌّ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ، وَظَاهِرُ مَا تَقَدَّمَ مَنْعُهُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَمِنَ صَاحِبَهُ لِأَجْلِ أَنْ يَضْمَنَهُ هُوَ، فَلَمْ يَقَعِ الضَّمَانُ لِوَجْهِ اللهِ تَعَالَى، يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ عَلَى وَجْهِ الرُّخْصَةِ وَالتَّوْسِعَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ سِلْعَةً بِثَمَنٍ فِي ذِمَّتِهِمَا، عَلَى أَنْ يَضْمَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ مِنْهُمْ بَقِيَّةَ أَصْحَابِهِ، لَكِنْ بِشَرْطَيْنِ: أَحَدُهُمَا: وُقُوعُ الِاشْتِرَاكِ فِي السِّلْعَةِ الْوَاقِعِ فِيهَا التَّضَامُنُ؛ وَثَانِيهِمَا: الِاسْتِوَاءُ فِي الِاشْتِرَاكِ فِيهَا[1]، فَإِنِ انْخَرَمَ أَحَدُ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ أَوْ كِلَاهُمَا، فَيَمْتَنِعُ ذَلِكَ.

قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: لَوِ اشْتَرَيَا سِلْعَةً بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ لَجَازَ لِلْعَمَلِ[2].

فَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: لِلْعَمَلِ. أَنَّ الْقِيَاسَ الْمَنْعُ وَالْجَوَازُ لِعَمَلِ الْمَاضِينَ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: قُلْتُ: وَلِأَنَّ اسْتِوَاءَهُمَا فِي الْبَيْعِ وَثَمَنِهِ يُوجِبُ شِبْهَ مَجْمُوعِهِمَا بِشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَاخْتِلَافُهُمَا فِي أَحَدِهِمَا يُوجِبُ تَعَدُّدَهُمَا الْمُقْتَضِي لِلضَّمَانِ بِالْجُعْلِ. اهـ.

وَقَدْ ذَكَرُوا هُنَا مَسْأَلَةَ الْحُمَلَاءِ السِّتِّ، فَرَاجِعْهَا إِنْ شِئْتَ فِي التَّوْضِيحِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْمُطَوَّلَاتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَ«تَضَامُنٌ» مُبْتَدَأٌ سَوَّغَهُ الْعَمَلُ فِي اشْتِرَاكٍ، وَ«فِي» بِمَعْنَى مَعَ، «وَاسْتِوَاءٍ» عَطْفٌ عَلَيْهِ، وَجُمْلَةُ «خُفِّفَ» فِيهِ خَبَرُ تَضَامُنٌ، وَ«إِنْ وَرَدْ» بِكَسْرِ الْهَمْزَةِ وَفَتْحِهَا، فَالْكَسْرُ عَلَى أَنَّهَا شَرْطِيَّةٌ، حُذِفَ جَوَابُهَا لِدَلَالَةِ مَا قَبْلَهُ عَلَيْهِ، وَالْفَتْحُ عَلَى أَنَّهَا مَصْدَرِيَّةٌ، أَيْ خُفِّفَ فِيهِ؛ لِأَنَّ «وَرَدْ» أَيْ لِوُرُودِهِ، فَحُذِفَ حَرْفُ الْجَرِّ مَعَ أَنَّ وَهُوَ كَثِيرٌ.

وَصَحَّ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعَاتِ   وَثُلْثِ مَنْ يُمْنَعُ كَالزَّوْجَاتِ

يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الضَّامِنِ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ لَهُ التَّبَرُّعُ فِي الْمَالِ، وَلَا حَجْرَ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ، وَكَذَلِكَ مَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي الزَّائِدِ عَلَى ثُلُثِهِ كَالْمَرِيضِ وَالزَّوْجَةِ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُهُ فِيمَا لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِيهِ، وَهُوَ مِقْدَارُ ثُلُثِهِ فَأَقَلَّ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْمَحْجُورِ مُطْلَقًا، وَلَا ضَمَانُ الْمَرِيضِ أَوِ الزَّوْجَةِ فِي الزَّائِدِ عَلَى ثُلُثِهِمَا.

---

(١) هذا هو قول المختصر، حيث قال: وإن ضمان مضمونه إلا في اشتراء شيء بينهما أو بيعه كقرضهما على الأصح. المختصر ص ١٧٧.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٩١.

فَفَاعِلُ «صَحَّ» الضَّمَانُ «وَثُلُثِ» بِالْخَفْضِ عُطِفَ عَلَى «أَهْلِ»؛ أَيْ: وَصَحَّ الضَّمَانُ مِنْ ثُلُثِ مَنْ يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعِ فِي الزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ، فَيَصِحُّ فِي الثُّلُثِ فَدُونَ، وَلَا يَصِحُّ فِي أَكْثَرَ مِنْهُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: الْبَاجِيُّ: الْحَمِيلُ مَنْ لَا حَجْرَ عَلَيْهِ، فِيهَا كَفَالَةُ ذَاتِ الزَّوْجِ فِي ثُلُثِهَا، وَإِنْ تَكَفَّلَتْ لِزَوْجِهَا، فَفِيهَا قَالَ مَالِكٌ: عَطِيَّتُهَا زَوْجَهَا جَمِيعَ مَا لِهَا جَائِزٌ، وَكَذَلِكَ كَفَالَتُهَا عَنْهُ(١).

الْبَاجِيُّ: يُرِيدُ بِإِذْنِهِ، وَفِيهَا كَفَالَةُ المَرِيضِ فِي ثُلُثِهِ. اهـ.

وَإِنَّمَا مُنِعَتْ الزَّوْجَةُ مِنَ الضَّمَانِ إِلَّا فِي ثُلُثِهَا لِأَجْلِ الزَّوْجِ، فَإِذَا أَذِنَ لَهَا -وَلَا حَجْرَ عَلَيْهَا- صَحَّ ضَمَانُهَا، وَكَذَلِكَ المَرِيضُ مُنِعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ، فَإِذَا أَجَازُوا ضَمَانَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ قَبْلَهُ عَلَى تَفْصِيلٍ فِيهِ صَحَّ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَصَحَّ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ كَمُكَاتَبٍ وَمَأْذُونٍ إِنْ أَذِنَ سَيِّدُهُمَا وَزَوْجَةٍ وَمَرِيضٍ بِثُلُثٍ(٢).

وَهُوَ بِوَجْهٍ أَوْ بِمَالٍ جَارِ ... وَالأَخْذُ مِنْهُ أَوْ عَلَى الخِيَارِ

يَعْنِي أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

الْأَوَّلُ: ضَمَانُ الْوَجْهِ، وَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يَتَبَرَّأَ ضَامِنُ الْوَجْهِ مِنَ المَالِ، فَلَا يَلْزَمُهُ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَّا إِنْ فَرَّطَ، وَيَبْرَأُ بِإِحْضَارِ المَضْمُونِ وَلَوْ مَيِّتًا.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: أَنْ لَا يَتَبَرَّأَ مِنَ المَالِ، وَيَقَعَ الضَّمَانُ مُجْمَلاً، فَيَلْزَمُهُ المَالُ، كَمَا يُصَرِّحُ بِهِ بَعْدُ فِي قَوْلِهِ: وَإِنَّ ضَمَانَ الْوَجْهِ جَاءَ مُجْمَلاً... إِلَخْ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: قَالَ مَالِكٌ: مَنْ تَحَمَّلَ بِوَجْهِ رَجُلٍ أَوْ بِعَيْنِهِ أَوْ بِنَفْسِهِ، فَهُوَ سَوَاءٌ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ، وَإِلَّا غَرِمَ المَالَ حَتَّى يَشْتَرِطَ فِي حَمَالَتِهِ لَسْتُ مِنَ المَالِ فِي شَيْءٍ.

مُحَمَّدٌ: أَوْ يَقُولُ: لَا أَضْمَنُ إِلَّا الْوَجْهَ، فَهَذَا لَا يَضْمَنُ إِلَّا الْوَجْهَ، غَابَ الْغَرِيمُ أَوْ حَضَرَ أَوْ مَاتَ أَوْ فَلَّسَ لَا يُطْلَبُ إِلَّا بِإِحْضَارِهِ.

---

(١) منح الجليل ٦/ ٢٠٠.

(٢) مختصر خليل ص ١٧٦.

الْوَجْهُ الثَّانِي: ضَمَانُ الْمَالِ، وَفِي تَعْيِينِ الْمَطَالِبِ بِالْمَالِ مِنْ الْغَرِيمِ أَوْ الضَّامِنِ تَفْصِيلٌ.
كَانَ الْإِمَامُ مَالِكٌ أَوَّلًا يَقُولُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَنْ شَاءَ إِمَّا الْغَرِيمُ أَوْ الضَّامِنُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى أَنَّهُ لَا يُطَالِبُ الضَّامِنَ وَالْغَرِيمُ حَاضِرٌ مَلِيٌّ، وَإِنَّمَا يُطَالِبُ إِذَا غَابَ الْمَدِينُ أَوْ فَلَسَ، وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ.

ابْنُ رُشْدٍ: وَهِيَ الرِّوَايَةُ الْمَشْهُورَةُ، وعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ فِي الْمُخْتَصَرِ بِقَوْلِهِ: وَلَا يُطَالَبُ إنْ حَضَرَ الْغَرِيمُ مُوسِرًا[(١)].

فَقَوْلُ النَّاظِمِ: «وَالْأَخْذُ مِنْهُ» أَيْ مِنَ الْغَرِيمِ الْحَاضِرِ الْمَلِيِّ، وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ الْمَشْهُورُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلِذَلِكَ قَدَّمَهُ.

وَقَوْلُهُ: «أَوْ عَلَى الْخِيَارِ» هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ الْأَوَّلِ الْمَرْجُوعِ عَنْهُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَاعْتَمَدَ الْقُضَاةُ قَوْلَ مَالِكٍ الْأَوَّلَ الْمَرْجُوعَ عَنْهُ.

وَلَا اعْتِبَارَ بِرِضَا مَنْ ضَمِنَا ... إِذْ قَدْ يُؤَدِّي دَيْنَ مَنْ لَا أَذِنَا

يَعْنِي أَنَّ مَنْ ضَمِنَ عَنْ شَخْصٍ حَقًّا مِنْ الْحُقُوقِ، فَإِنَّ الضَّمَانَ يَصِحُّ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ فِي الْمُقَرَّبِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ تَخَاصَمَا فِي مَطْلَبٍ، فَقَالَ رَجُلٌ لِلطَّالِبِ: مَا ثَبَتَ لَك قِبَلَ فُلَانٍ فَأَنَا كَفِيلٌ بِهِ. فَاسْتَحَقَّ الْحَقَّ قِبَلَ الْمَطْلُوبِ، كَانَ الْكَفِيلُ ضَامِنًا.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ مَاتَ الْكَفِيلُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْحَقُّ لِطَالِبِهِ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْدَ مَوْتِ الْكَفِيلِ لَكَانَ ذَلِكَ فِي مَالِهِ. اهـ.

وَكُلُّ مَنْ تَبَرَّعَ بِكَفَالَةٍ لَزِمَتْهُ، وَكَذَلِكَ مَنْ قَالَ لِرَجُلٍ وَهُوَ يَدَّعِي قِبَلَ أَخِيهِ حَقًّا: مَا تَصْنَعُ يَا أَخِي، احْلِفْ أَنَّ حَقَّكَ حَقٌّ وَأَنَا ضَامِنٌ لِذَلِكَ. فَإِنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ إِنْ حَلَفَ الْمُدَّعِي، فَلَوْ قَالَ بَعْدَ قَوْلِهِ أَنَا ضَامِنٌ: إِنَّمَا قُلْتُهُ قَوْلًا وَلَا أَرَى أَفْعَلُهُ وَلَا أَضْمَنُ. لَمْ يَنْفَعْهُ قَوْلُهُ، وَلَا رُجُوعُهُ إِذَا رَضِيَ الْمُدَّعِي بِقَوْلِهِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَمَنْ قَالَ لِقَوْمٍ: اشْهَدُوا أَنِّي ضَامِنٌ بِمَا قُضِيَ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ. أَوْ قَالَ: أَنَا كَفِيلٌ بِمَا ادَّعَى فُلَانٌ عَلَى فُلَانٍ. وَهُمَا غَائِبَانِ جَمِيعًا أَوْ أَحَدُهُمَا أَوْ كَانَا حَاضِرَيْنِ، لَزِمَهُ مَا قَالَ؛ لِأَنَّ مَالِكًا أَلْزَمَ الْمَعْرُوفَ مَنْ أَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ، لَوْ غَابَ الضَّامِنُ لَكَانَ

---

(١) مختصر خليل ص ١٧٦.

ذَلِكَ فِي مَالِهِ. اهـ[(١)].

قَالَ الشَّارِحُ: أَقُولُ: وَعَلَى الْوَاقِعِ فِي المَغْرِبِ هُوَ عَمَلُ المُوَثِّقِينَ فِي ضَمَانِ مَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْغَرِيمِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ.

وَعَلَّلَ النَّاظِمُ مَا ذُكِرَ مِنْ عَدَمِ اعْتِبَارِ رِضَا المَضْمُونِ عَنْهُ، بِأَنَّهُ قَدْ يُؤَدِّي الدَّيْنَ عَنِ المَدِينِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ، أَيْ فَكَمَا يُؤَدِّي عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَكَذَلِكَ يَضْمَنُ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ؛ لِأَنَّ الضَّامِنَ هُوَ بِصَدَدِ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْ المَضْمُونِ، فَالضَّمَانُ أَخَفُّ مِنْ الْأَدَاءِ.

قَالَ فِي المُقَرَّبِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلاً أَدَّى حَقًّا عَنْ رَجُلٍ كَانَ عَلَيْهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، لَكَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ. انْتَهَى[(٢)].

(تَنْبِيهَانِ):

الْأَوَّلُ: يُقَيَّدُ قَوْلَهُ: قَدْ يُؤَدِّي دَيْنَ مَنْ لَا إِذْنَ. بِقَيْدَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ لَا يَقْصِدَ المُؤَدِّي التَّضْيِيقَ عَلَى المُؤَدَّى عَنْهُ وَالْإِضْرَارَ بِهِ لِعَدَاوَةٍ بَيْنَهُمَا وَنَحْوِهِ، فَإِنْ قَصَدَ ذَلِكَ مُنِعَ.

الثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ فِيمَنْ أَدَّى بِقَصْدِ الرُّجُوعِ عَلَى المُؤَدَّى عَنْهُ، وَأَمَّا إِنْ أَدَّى بِقَصْدِ التَّبَرُّعِ وَالْهِبَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُلْزِمُ المُؤَدَّى عَنْهُ؛ إِذْ لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ الْهِبَةِ.

التَّنْبِيهُ الثَّانِي: مَا جَرَى عَلَيْهِ عَمَلُ المُوَثِّقِينَ مِنْ تَضْمِينِهِمْ حُضُورَ المَضْمُونِ عَنْهُ، وَإِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ هُوَ مَا اصْطَلَحُوا عَلَيْهِ مِنْ بِنَاءِ الْأَحْكَامِ عَلَى الْوَجْهِ المُتَّفَقِ عَلَيْهِ قَطْعًا لِلنِّزَاعِ وَالْخِصَامِ؛ إِذْ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَشْتَرِطُ رِضَا المَضْمُونِ عَنْهُ[(٣)].

وَيَسْقُطُ الضَّمَانُ فِي فَسَادِ ... أَصْلِ الَّذِي الضَّمَانُ فِيهِ بَادِ

يَعْنِي إِذَا فَسَدَتْ الصَّفْقَةُ الْوَاقِعُ فِيهَا الضَّمَانُ، فَإِنَّ الضَّمَانَ يَسْقُطُ فِي ذَلِكَ عَنِ الضَّامِنِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَلَا يَجُوزُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ: أَمَّا إِذَا كَانَ

---

(١) تهذيب المدونة ٣/ ٢٦٥، والتاج والإكليل ٥/ ١٠٠، وفتح العلي المالك ٢/ ٣٨.

(٢) المدونة ٤/ ٧٠.

(٣) قال ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد ٢/ ٢٩٨: إن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه.

الْفَسَادُ فِي الْمُحْتَمَلِ بِهِ، كَمَا لَوْ أَعْطَاهُ دِينَارًا فِي دِينَارَيْنِ إِلَى شَهْرٍ، وَتَحَمَّلَ لَهُ رَجُلٌ بِدِينَارٍ، فَثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: لاِبْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ: إِنَّ حُكْمَ الْحَمَالَةِ سَاقِطٌ. وَمِثْلُهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ؛ لِأَنَّ فِيهَا: وَكُلُّ حَمَالَةٍ وَقَعَتْ عَلَى حَرَامٍ بَيْنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي أَوَّلِ أَمْرِهِمَا أَوْ بَعْدَهُ فَهِيَ سَاقِطَةٌ، وَلَا يَلْزَمُ الْحَمِيلَ بِهَا شَيْءٌ عَلِمَ الْمُتَبَايِعَانِ أَنَّ ذَلِكَ حَرَامٌ أَوْ جَهِلاَ، عَلِمَ الْحَمِيلُ بِذَلِكَ أَوْ جَهِلَهُ[1].

مُحَمَّدٌ: وَسَوَاءٌ كَانَ الْفَسَادُ مِنْ عَقْدِ الْبَيْعِ أَوْ بِسَبَبِهِ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ: إِنَّ الْحَمَالَةَ بِالْحَرَامِ أَوْ بِالْأَمْرِ الْفَاسِدِ بَاطِلَةٌ[2]. وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ الَّذِي تَحَمَّلَ بِهِ الْحَمِيلُ وَهُوَ الثَّمَنُ لَمَّا سَقَطَ عَنِ الْمُتَحَمِّلِ عَنْهُ لِفَسَادِ الْبَيْعِ سَقَطَ عَنِ الْحَمِيلِ.

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ الْحَمَالَةَ لَازِمَةٌ عَلِمَ الْحَمِيلُ بِفَسَادِ الْبَيْعِ أَمْ لَا، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَقَوْلُ غَيْرِهِ فِي الْمُدَوَّنَةِ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَ الْمُتَحَمَّلَ لَهُ دَفْعَ مَالِهِ لِلثِّقَةِ بِهِ، فَعَلَيْهِ الْأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ السِّلْعَةِ أَوْ الثَّمَنِ الَّذِي تَحَمَّلَ بِهِ.

الثَّالِثُ: التَّفْصِيلُ بَيْنَ عِلْمِ الْحَمِيلِ بِالْفَسَادِ فَعَلَيْهِ أَوَّلَا فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وَهُوَ لِابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا الْخِلاَفُ إِنَّمَا هُوَ إِذَا كَانَتْ الْحَمَالَةُ فِي أَصْلِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بَعْدَ عَقْدِهِ فَهِيَ سَاقِطَةٌ بِالِاتِّفَاقِ. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ.

وَهُوَ بِمَا عَيَّنَ لِلْمُعَيَّنِ ... وَهُوَ بِمَالٍ حَيْثُ لَمْ يُعَيَّنْ

تَقَدَّمَ أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى وَجْهَيْنِ: ضَمَانُ الْمَالِ وَضَمَانُ الْوَجْهِ، وَأَخْبَرَ أَنَّهُ إِنْ وَقَعَ الضَّمَانُ مُعَيَّنًا لِلْمَضْمُونِ مِنْ مَالٍ أَوْ وَجْهٍ، فَذَلِكَ لَازِمٌ بِلاَ إِشْكَالٍ، وَإِنْ وَقَعَ الضَّمَانُ مُجْمَلاً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ فَيُحْمَلُ عَلَى الْمَالِ.

وَقَالَ ابْنُ يُونُسَ: اخْتَلَفَ فُقَهَاؤُنَا الْمُتَأَخِّرُونَ إِذَا قَالَ: أَنَا حَمِيلٌ لَكَ أَوْ زَعِيمٌ أَوْ كَفِيلٌ. وَلَمْ يَزِدْ عَلَى هَذَا، هَلْ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ حَمِيلٌ بِالْمَالِ أَوْ عَلَى الْوَجْهِ إِذَا عُرِّيَ الْكَلاَمُ مِنْ دَلِيلٍ؟ وَالصَّوَابُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ بِالْمَالِ[3]؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: «الزَّعِيمُ

---

(١) منح الجليل ٦/٢٢٨.

(٢) البيان والتحصيل ١١/٣١١.

(٣) التاج والإكليل ٥/١١٦.

غَرِيمٌ»[١]. وَلِأَنَّ حَمِيلَ الْوَجْهِ إِذَا لَمْ يَأْتِ بِهِ غَرِمَ الْمَالَ. فَالْأَصْلُ فِي الْحَمَالَةِ الْمَالُ؛ لِأَنَّهُ الْمَطْلُوبُ حَتَّى يُشْتَرَطَ الْوَجْهُ أَوْ يَقْتَضِيهِ لَفْظُهُ.

وَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا فَقَالَ الطَّالِبُ: شَرَطْتُ لَكَ الْحَمَالَةَ بِالْمَالِ. وَقَالَ الْكَفِيلُ بِالْوَجْهِ، وَقَدْ أُحْضِرَ الْغَرِيمُ مُعْدَمًا، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْحَمِيلِ؛ لِأَنَّ الطَّالِبَ يَدَّعِي اشْتِغَالَ ذِمَّتِهِ، فَعَلَيْهِ الْبَيَانُ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَلِأَنَّ الْحَمَالَةَ مِنَ الْمَعْرُوفِ، فَلاَ يَلْزَمُهُ إِلَّا مَا أَقَرَّ بِهِ مُعْطِيهِ. اهـ.

وَرَدَّ فِي التَّوْضِيحِ الاِسْتِدْلَالَ بِالْحَدِيثِ الْمُتَقَدِّمِ بِأَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ خَرَجَ مَخْرَجَ بَيَانِ وَجْهِ الْمُطَالَبَةِ لِلْكَفِيلِ بِمَا ضَمِنَهُ، وَلَمْ يُقْصَدْ بِهِ بَيَانُ حُكْمِ إِطْلَاقِ اللَّفْظَةِ.

الثَّانِي: أَنَّ الْغَرَامَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِي الْأَمْوَالِ لَا فِي الْأَبْدَانِ؛ إِذْ الْبَدَنُ لَا يَصِحُّ أَنْ يُغَرَّمَ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: الزَّعِيمُ غَرِيمٌ بِمَا ضَمِنَ، وَالضَّمَانُ الَّذِي يُتَصَوَّرُ فِيهِ الْغَرَامَةُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَالِ.

وَإِنْ ضَمَانُ الْوَجْهِ جَاءَ مُجْمَلاً ... فَالْحُكْمُ أَنَّ الْمَالَ قَدْ تُحُمِّلاَ

يَعْنِي أَنَّ ضَامِنَ الْوَجْهِ إِذَا لَمْ يَتَبَرَّأْ مِنَ الْمَالِ وَإِنَّمَا ضَمِنَ ضَمَانًا مُجْمَلاً، فَإِنَّ الْحُكْمَ أَنَّ الْمَالَ لَازِمٌ لِلضَّامِنِ.

قَالَ فِي الرِّسَالَةِ: وَحَمِيلُ الْوَجْهِ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ غَرِمَ حَتَّى يَشْتَرِطَ أَنْ لَا يَغْرَمَ[٢].

قَالَ ابْنُ فَتُّوحٍ: وَإِذَا وَقَعَ ضَمَانُ الْوَجْهِ مُجْمَلاً وَلَمْ يُحْضِرْ الْوَجْهَ ضَمِنَ أَيْضًا الْمَالَ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ يَضْمَنُ الْوَجْهَ خَاصَّةً، وَلَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْمَالِ شَيْءٌ، فَلَهُ شَرْطٌ.

وَفِي الْمُقَرَّبِ: قَالَ سَحْنُونٌ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: قَالَ مَالِكٌ: إِنْ تَكَفَّلَ بِوَجْهِ رَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ فَمَضَى الْأَجَلُ، فَإِنَّ السُّلْطَانَ يَتَلَوَّمُ لَهُ، فَإِنْ أَتَى بِهِ وَإِلَّا غَرِمَ الْمَالَ، فَإِنْ أَغْرَمَهُ ثُمَّ أَتَى بِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ، وَلَكِنْ يَتْبَعُ بِهِ الَّذِي تَحَمَّلَ بِهِ عَنْهُ. قُلْتُ لِابْنِ الْقَاسِمِ: فَإِنْ أَتَى بِهِ عِنْدَ الْأَجَلِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ مِنَ الْحَمَالَةِ شَيْءٌ إِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ

---

(١) سنن الترمذي (كتاب: البيوع عن رسول الله/باب: ما جاء في أن العارية مؤداة/حديث رقم: ١٢٦٥) سنن وابن ماجه (كتاب: الأحكام/باب: الكفالة/حديث رقم: ٢٤٠٥).

(٢) رسالة القيرواني ص ١٣٦.

الْحَقُّ عَدِيمًا. اهـ(١).

ثُمَّ قَالَ:

وَجَائِزٌ ضَمَانُ مَا تَأَجَّلاَ مُعَجَّلاً وَعَاجِلٍ مُؤَجَّلاَ

قَوْلُهُ: «وَجَائِزٌ ضَمَانُ مَا تَأَجَّلاَ مُعَجَّلاً». يَعْنِي أَنَّ مَنْ لَهُ دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ حَمِيلاً بِذَلِكَ الدَّيْنِ عَلَى أَنْ يُوَفِّيَهُ عَاجِلاً إِمَّا الْآنَ أَوْ قَبْلَ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّ مَا قَبْلَ الْأَجَلِ يَصْدُقُ عَلَيْهِ أَنَّهُ مُعَجَّلٌ، وَإِلَى هَذَا الْفَرْعِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَجَائِزٌ ضَمَانُ مَا تَأَجَّلاَ مُعَجَّلاً». وَكَذَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ الْحَمِيلُ بِالْمُؤَجَّلِ إِلَى الْأَجَلِ نَفْسِهِ، كَمَا سَيَأْتِي عَنْ الْمُدَوَّنَةِ.

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «مُعَجَّلاً» أَنَّهُ لَوْ أَعْطَاهُ الْحَمِيلَ لِأَبْعَدَ مِنْ الْأَجَلِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ جَرَّ نَفْعًا، فَالسَّلَفُ التَّأْخِيرُ بَعْدَ الْأَجَلِ، وَالنَّفْعُ التَّوَثُّقُ بِالْحَمِيلِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مِمَّا لِلْمَدِينِ تَعْجِيلُهُ قَبْلَ أَجَلِهِ، كَالْعَيْنِ مِنْ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ، وَالْعَرَضِ وَالْحَيَوَانِ وَالطَّعَامِ مِنْ قَرْضٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ عَرَضًا أَوْ حَيَوَانًا مِنْ بَيْعٍ، فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ حَمِيلاً بِالدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ حَالًا؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ «حُطَّ عَنِّي الضَّمَانَ فِي الْمُدَّةِ الْبَاقِيَةِ مِنْ الْأَجَلِ وَأَزِيدُكَ تَوَثُّقًا بِالْحَمِيلِ».

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَمَنْ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ إِلَى أَجَلٍ، وَأَخَذَ مِنْهُ قَبْلَ الْأَجَلِ حَمِيلاً أَوْ رَهْنًا عَلَى أَنْ يُوَفِّيَهُ حَقَّهُ إِلَى الْأَجَلِ أَوْ إِلَى دُونِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةُ تَوَثُّقٍ(٢).

ابْنُ يُونُسَ: إِنَّمَا يَجُوزُ إِلَى دُونِ الْأَجَلِ إِنْ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا لَهُ تَعْجِيلُهُ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ حَيَوَانًا مِنْ بَيْعٍ فَلاَ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ «حُطَّ عَنِّي الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ تَوَثُّقًا».

وَنُقِلَ فِي التَّوْضِيحِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ السَّلاَمِ مَا نَصُّهُ: وَلَيْسَ بِبَيِّنٍ؛ لِأَنَّ رَبَّ الدَّيْنِ مَا أَخَذَ زِيَادَةً فِي نَفْسِ الْحَقِّ، وَلَا مُنْفَصِلَةً يَنْتَفِعُ بِهَا، وَإِنَّمَا قَصَدَ التَّوَثُّقَ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا غَرَضَ لَهُ فِي التَّأْخِيرِ، وَلَا غَرَضَ لِلْآخَرِ فِي بَقَاءِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ مَعَ التَّأْخِيرِ لَا مَعَ التَّعْجِيلِ. اهـ.

---

(١) المدونة ٤/ ٩٦.

(٢) المدونة ٤/ ١١٢.

وَفِي المُقَرَّبِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِنْ أَخَذَ مِنْهُ حَمِيلاً قَبْلَ محَلِّ الْأَجَلِ أَوْ رَهْنًا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ قَبْلَ محِلِّ الْأَجَلِ أَوْ بَعْدَ محِلِّهِ؛ فَلاَ بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِيهِ.

وَقَالَ فِيهِ: وَمَنْ أَعْطَى لِصَاحِبِ الْحَقِّ حَمِيلاً قَبْلَ محِلِّ أَجَلِ الدَّيْنِ عَلَى أَنْ يُؤَخِّرَهُ إِلَى أَبْعَدَ مِنَ الْأَجَلِ لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ أَجَلُ الدَّيْنِ فَلاَ بَأْسَ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الرَّهْنُ فِي هَذَا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَسْلَفَ سَلَفًا عَنْ ظَهْرِ يَدٍ وَأَخَذَ بِهِ حَمِيلاً.

وَإِلَى فَرْعِ النَّاظِمِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ فِي مُخْتَصَرِهِ: وَالمُؤَجَّلُ حَالًّا إِنْ كَانَ مِمَّا يُعَجَّلُ[1].

قَوْلُهُ: «وَعَاجِلٍ مُؤَجَّلاً» «عَاجِلٍ» بِالْخَفْضِ عَطْفٌ عَلَى «مَا»، وَالمَعْنَى أَنَّهُ يَجُوزُ لِمَنْ لَهُ دَيْنٌ حَالٌّ، وَعَنْ حُلُولِهِ عَبَّرَ «بِعَاجِلٍ» أَنْ يَأْخُذَ مِنَ المَدِينِ حَمِيلاً بِذَلِكَ الدَّيْنِ إِلَى أَجَلٍ، وَأَطْلَقَ فِي الْجَوَازِ، وَقَيَّدَهُ غَيْرُهُ بِمَا إِذَا كَانَ المَدِينُ مُوسِرًا؛ لِأَنَّهُ كَابْتِدَاءِ دَيْنٍ بِحَمِيلٍ.

اللَّخْمِيُّ: إِنْ حَلَّ الدَّيْنُ فَأَعْطَاهُ حَمِيلاً عَلَى أَنْ يُؤَخِّرَهُ، فَإِنْ كَانَ الْغَرِيمُ مُوسِرًا بِجَمِيعِ الْحَقِّ كَانَ التَّأْخِيرُ وَالْحَمَالَةُ جَائِزَةً. اهـ[2].

وَكَذَا إِنْ كَانَ عَدِيمًا وَكَانَ لَا يُوسِرُ فِي الْأَجَلِ كَالمُحْبَسِ عَلَيْهِ أُصُولٌ لَهَا غَلاَّتٌ، لَيْسَ لَهُ مِنْهَا إِلَّا مَا يُقْبَضُ فِي تِلْكَ الْغَلاَّتِ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَأَعْطَاهُ حَمِيلاً بِهِ لِسِتَّةِ شُهُورٍ مَثَلاً، وَلَا تُوجَدُ غَلَّةُ أُصُولِهِ، وَلَا يَحِلُّ بَيْعُهَا إِلَّا بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ، فَذَلِكَ جَائِزٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ وَإِنْظَارُهُ وَاجِبٌ.

التَّوْضِيحُ: أَمَّا إِنْ لَمْ يُوسِرْ إِلَّا عِنْدَ الْأَجَلِ أَوْ بَعْدَهُ فَيَجُوزُ بِاتِّفَاقٍ. اهـ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ عَدِيمًا وَيُوسِرُ بَعْدَ ثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ مَثَلاً فِي المِثَالِ المَذْكُورِ لِوُجُودِ الْغَلَّةِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ، فَفِي جَوَازِ التَّأْخِيرِ لِتَمَامِ الْأَجَلِ وَمَنْعِهِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ ذَهَبَ فِي المُخْتَصَرِ، حَيْثُ قَالَ: وَعَكْسُهُ إِنْ أَيْسَرَ غَرِيمُهُ أَوْ لم يُوسَرِ فِي الْأَجَلِ[3]. إِذْ مَفْهُومُهُ أَنَّهُ إِذَا أَيْسَرَ فِي الْأَجَلِ لَمْ يَجُزْ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَإِلَى مَسْأَلَةِ الْخِلاَفِ فِيهِ أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ فِي قَوْلِهِ: وَلَوْ شَرَطَ الْأَجَلَ فِي الْحَالِ

(١) مختصر خليل ص ١٧٦.

(٢) التاج والإكليل ٥/٩٨.

(٣) مختصر خليل ص ١٧٦.

وَالْغَرِيمُ مُعْسِرٌ يُوسِرُ فِي مِثْلِهِ، مَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَجَازَهُ أَشْهَبُ[١].

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي لَوْ شَرَطَ الضَّامِنُ التَّأْجِيلَ بِالدَّيْنِ الْحَالِّ عَلَى الْغَرِيمِ، وَالْغَرِيمُ حِينَئِذٍ مُعْسِرٌ يُوسِرُ قَبْلَ تَمَامِ الْأَجَلِ، فَهَلْ يُمْنَعُ لِأَنَّ الزَّمَانَ الْمُتَأَخِّرَ عَنْ يَسَارِهِ يُعَدُّ صَاحِبُ الْحَقِّ فِيهِ مُسَلِّفًا؛ لِأَنَّهُ أَخَّرَ مَا عَجَّلَ، فَيَمْتَنِعُ لِأَنَّهُ مُسَلِّفٌ قَدْ انْتَفَعَ بِالْحَمِيلِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْ غَرِيمِهِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ.

وَهَذَا عَلَى أَنَّ الْيَسَارَ الْمُتَرَقَّبَ كَالْمُحَقَّقِ أَوْ يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ اسْتِصْحَابُ عُسْرِهِ، وَيُسْرُهُ قَدْ لَا يَكُونُ فَلَمْ يَضُرَّهُ، وَكَانَ الْمُعْسِرُ تَبَرَّعَ بِالضَّمَانِ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ.

أَمَّا إِنْ لَمْ يُوسِرْ إِلَّا عِنْدَ الْأَجَلِ أَوْ بَعْدَهُ، فَيَجُوزُ بِاتِّفَاقٍ، وَهَذَا مَفْهُومُ الْمُصَنِّفِ.

وَقَوْلُهُ فِي: «مِثْلِهِ» لَفْظَةُ «مِثْلِ» زَائِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ فِي الْأَجَلِ قَبْلَ فَرَاغِهِ.

وَمَعْنَى قَوْلِهِ: «يُوسِرُ قَبْلَ» أَيْ الْغَالِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُوسِرَ قَبْلَهُ كَبَعْضِ أَصْحَابِ الْغَلَّاتِ، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «وَالْغَرِيمُ مُعْسِرٌ» أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُوسِرًا لَجَازَ، وَكَذَلِكَ نَصَّ عَلَيْهِ اللَّخْمِيُّ.

كَلَامُ التَّوْضِيحِ بِلَفْظِهِ: وَقَدْ أَطَالَ الشَّارِحُ هُنَا بِمَسْأَلَةٍ سُئِلَ عَنْهَا الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ، هِيَ مِنْ مَعْنَى مَا نَحْنُ بِصَدَدِهِ فَلْيُرَاجِعْهَا فِيهِ مَنْ أَرَادَهَا.

وَمَا عَلَى الْحَمِيلِ غُرْمُ مَا حَمَلْ إِنْ مَاتَ مَضْمُونٌ وَلَمْ يَحِنْ أَجَلْ

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا مَاتَ الْغَرِيمُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ قَبْلَ حُلُولِ أَجَلِ الضَّمَانِ، فَلَا غُرْمَ عَلَى الْحَمِيلِ إِذْ ذَاكَ، فَإِنْ تَرَكَ الْمَضْمُونُ مَالًا أَخَذَهُ صَاحِبُ الدَّيْنِ وَبَرِئَ الضَّامِنُ، فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ رَأْسًا، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ مَالًا، فَلَا غُرْمَ عَلَى الْحَمِيلِ، أَيْ الْآنَ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ، وَأَمَّا بَعْدَ حُلُولِهِ فَيَغْرَمُ.

فَنَفْيُ الْغُرْمِ عَنْ الْحَمِيلِ الْمَذْكُورِ فِي الْبَيْتِ هُوَ عِنْدَ مَوْتِ الْغَرِيمِ، وَلَا إِشْكَالَ أَنَّهُ لَا غُرْمَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ.

قَالَ فِي الْمُقَرَّبِ: وَإِنْ مَاتَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ، كَانَ لِلَّذِي لَهُ الْحَقُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْكَفِيلَ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ. وَنَحْوَهُ نَقَلَ الْمَوَّاقُ عَنْ الْمُدَوَّنَةِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَمَوْتُ الْغَرِيمِ مَلِيًّا يُوجِبُ تَعْجِيلَ الْقَضَاءِ مِنْ تَرِكَتِهِ، وَمَوْتُهُ عَدِيمًا لَا

(١) جامع الأمهات ص ٣٩٢.

يُوجِبُ عَلَى الْحَمِيلِ تَعْجِيلَهُ. اهـ. هَذَا حُكْمُ مَوْتِ الْغَرِيمِ قَبْلَ حُلُولِ أَجَلِ الدَّيْنِ[١].

أَمَّا إِذَا مَاتَ الضَّامِنُ قَبْلَ الْأَجَلِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: إِذَا مَاتَ الضَّامِنُ قَبْلَ الْأَجَلِ، فَلِلطَّالِبِ تَعْجِيلُ حَقِّهِ مِنْ تَرِكَتِهِ، ثُمَّ لَا رُجُوعَ لِوَرَثَتِهِ عَلَى الْغَرِيمِ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ، وَلَهُ مُحَاصَّةُ غُرَمَائِهِ أَيْضًا[٢].

وَفِي ابْنِ عَرَفَةَ أَثَرُ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ، وَفِي كَوْنِ مَوْتِ الْحَمِيلِ يُوجِبُ تَعْجِيلَ الْحَقِّ مِنْ تَرِكَتِهِ وَيَقْتَضِيهِ وَارِثُهُ عِنْدَ حُلُولِهِ وَوَقْفِهِ لِحُلُولِهِ، فَإِنْ حَلَّ وَالْغَرِيمُ مَلِيٌّ رُدَّ لِوَارِثِهِ، وَإِلَّا أَخَذَهُ الطَّالِبُ، رِوَايَتَانِ لَهُ وَلِابْنِ وَهْبٍ[٣] وَعَبْدِ الْمَلِكِ، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ حَيْثُ قَالَ: وَعُجِّلَ بِمَوْتِ الضَّامِنِ وَرَجَعَ وَارِثُهُ بَعْدَ أَجَلِهِ[٤]. وَقَدْ كُنْتُ نَظَمْتُ بَيْتًا فِي حُكْمِ مَوْتِ الضَّامِنِ وَهُوَ:

وَعُجِّلَ الْحَقُّ بِمَوْتِ مَنْ ضَمِنْ ... وَارِثُهُ يَرْجِعُ بَعْدَ أَنْ يَحِنْ

قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَيَأْخُذُ الضَّامِنُ مِنْ مَضْمُونِهِ ... ثَابِتَ مَا أَدَّاهُ مِنْ دُيُونِهِ

يَعْنِي أَنَّ الضَّامِنَ إِذَا أَدَّى الْحَقَّ الَّذِي ضَمِنَهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَثَبَتَ ذَلِكَ، يَعْنِي إِمَّا بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ، فَإِنَّهُ يُرْجَعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِمَا أَدَّى عَنْهُ مِنَ الدَّيْنِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَرْجِعُ بِمَا أَدَّى بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَلَا يَكْفِيهِ إِقْرَارُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ[٥].

---

(١) قال البراذعي في التهذيب: وإذا مات الكفيل قبل الأجل فللطالب تعجيل الدين من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل، وله محاصة غرمائه أيضًا، وإن مات الغريم تعجَّل الطالب دينه من ماله، فإن لم يدع مالاً لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل، وإن مات الغريم مليئًا والطالب وارثه برئ الحميل؛ لأنه إن غرم للطالب شيئًا رجع عليه بمثله في تركة الميت، والتركة في يده فصارت كمقاصة، وإن مات الغريم معدمًا ضمن الكفيل. انظر: التهذيب ٣/ ٢٦٤.

(٢) المدونة ٤/ ١٠٠.

(٣) أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم الفهري بالولاء المصري، فقيه من الأئمة، من أصحاب الإمام مالك، جمع بين الفقه والحديث والعبادة، له كتب منها (الجامع) في الحديث، و(الموطأ) في الحديث، وكان حافظًا ثقةً مجتهدًا، عُرض عليه القضاء فخبأ نفسه ولزم منزله، وُلد بمصر عام ١٢٥هـ، وتوفي بمصر ١٩٧هـ. انظر: ترتيب المدارك ١/ ١٥٠، وسير أعلام النبلاء ٩/ ٢٢٣.

(٤) مختصر خليل ص ١٧٦.

(٥) جامع الأمهات ص ٣٩٢.

وَفِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ: مَنْ تَحَمَّلَ بِعَبْدٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ عَرَضٍ أَوْ طَعَامٍ، فَأَدَّاهُ الْحَمِيلُ مِنْ عِنْدِهِ، رَجَعَ بِذَلِكَ كُلِّهِ بِمِثْلِهِ؛ لأَنَّهُ سَلَفٌ.

ابْنُ يُونُسَ: وَهُوَ الصَّوَابُ(١).

وَفِي التَّوْضِيحِ: (فَرْعٌ) وَيَرْجِعُ بِمِثْلِ مَا أَدَّى إِذَا كَانَ مِثْلِيًّا، وَاخْتُلِفَ إِذَا تَكَفَّلَ بِعَرَضٍ وَأَدَّاهُ، فَالْمَشْهُورُ وَهُوَ قَوْلُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ يَرْجِعُ بِمِثْلِهِ؛ لأَنَّهُ كَالسَّلَفِ.

وَفِي سَمَاعِ أَبِي زَيْدٍ: الْمَطْلُوبُ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ دَفَعَ مِثْلَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ قِيمَتَهُ.

وَفِي الْوَاضِحَةِ: لأَنَّهُ لَا يَغْرَمُ إِلَّا مِثْلَهُ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَلَا خِلافَ أَنَّهُ إِنْ اشْتَرَى الْعَرَضَ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ مَا لَمْ يُحَابِ، فَلاَ يَرْجِعْ بِالزِّيَادَةِ. اهـ(٢).

وَالشَّاهِدُ الْعَدْلُ لِقَائِمٍ بِحَقْ ... إِعْطَاءُ مَطْلُوبٍ بِهِ الضَّامِنَ حَقْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ ادَّعَى دَعْوَى وَأَقَامَ عَلَيْهَا شَاهِدًا وَاحِدًا عَدْلًا، فَإِنَّ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ الْمَطْلُوبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ضَامِنًا بِذَلِكَ الْحَقِّ.

قَالَ الشَّارِحُ: لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ قَارَبَ أَنْ يَتَوَجَّهَ إِمَّا بِإِضَافَةِ شَاهِدٍ ثَانٍ لِلأَوَّلِ، وَإِمَّا بِيَمِينِ الْقَائِمِ مَعَ شَاهِدِهِ، وَأَيًّا مَا كَانَ فَيَجِبُ الْحُكْمُ بِهِ، وَالضَّامِنُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ مِمَّا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ، وَيَظْهَرُ أَنَّ هَذَا إِنَّمَا يَكُونُ مِنْ عِنْدِ مَنْ يُجِيزُ الْحُكْمَ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ.

فَفِي كِتَابِ ابْنِ يُونُسَ: قَالَ ابْن الْقَاسِمِ: وَإِنْ سَأَلَهُ كَفِيلاً بِالْحَقِّ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ شَاهِدًا، فَلَهُ أَخْذُ الْكَفِيلِ وَإِلَّا فَلاَ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ بَيِّنَةً يُحْضِرُهَا مِنْ السُّوقِ أَوْ مِنْ بَعْضِ الْقَبَائِلِ، فَلْيُوقِفْ الْقَاضِي الْمَطْلُوبَ عِنْدَهُ لِمَجِيءِ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ جَاءَ بِهَا وَإِلَّا خَلَّى سَبِيلَهُ(٣). وَهَذَا الَّذِي نَقَلَ ابْنُ يُونُسَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَإِنْ ادَّعَى بَيِّنَةً بِكَالسُّوقِ وَقَفَهُ الْقَاضِي عِنْدَهُ. انْتَهَى كَلاَمُ الشَّارِحِ.

وَظَاهِرُ كَلاَمِهِ هُنَا أَنَّ الْحَمِيلَ مَعَ الشَّاهِدِ بِالْوَجْهِ، وَكَذَا ظَاهِرُ كَلاَمِهِ آخِرَ

---

(١) التاج والإكليل ٥/١٠٣.

(٢) البيان والتحصيل ١١/٣٤٣.

(٣) المدونة ٤/١١٣، والتاج والإكليل ٥/١١٦.

الشَّهَادَاتِ، حَيْثُ قَالَ: كَحِسَابٍ وَشِبْهِهِ بِكَفِيلٍ بِالمَالِ، كَأَنْ أَرَادَ إِقَامَةَ ثَانٍ، أَوْ لِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ، فَبِالْحَمِيلِ بِالْوَجْهِ عَلَى قَاعِدَتِهِ الْأَكْثَرِيَّةِ مِنْ رُجُوعِ الْقَيْدِ لِمَا بَعْدَ الْكَافِ.

وَفِي التَّوْضِيحِ: آخِرِ الشَّهَادَاتِ مَا هُوَ صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْحَمِيلَ بِالمَالِ وَلَفْظُهُ: فَأَمَّا المَطْلُوبُ إِذَا أُجِّلَ لِدَفْعِ الْبَيِّنَةِ فَلِلطَّالِبِ أَخْذُ حَمِيلٍ بِالمَالِ.

المَازِرِيُّ: وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَامَ عَلَيْهِ شَاهِدًا وَطَلَبَ ذَلِكَ المُدَّعِي أَنْ يَأْتِيَ بِشَاهِدٍ آخَرَ. اهـ. مَحَلُّ الْحَاجَةِ مِنْهُ، فَظَاهِرُ قَوْلِ المَازِرِيِّ: وَكَذَلِكَ... . إِلَخْ. أَوْ صَرِيحُهُ أَنَّ الْحَمِيلَ بِالمَالِ لَا بِالْوَجْهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ثُمَّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَضَامِنُ الْوَجْهِ عَلَى مَنْ أَنْكَرَا ... دَعْوَى امْرِئٍ خَشْيَةَ أَنْ لَا يَحْضُرَا

مِنْ بَعْدِ تَأْجِيلٍ لِهَذَا المُدَّعِي ... بِقَدْرِ مَا اسْتَحَقَّ فِيمَا يَدَّعِي

وَقِيلَ إِنْ لَمْ يُلْفِ مَنْ يَضْمَنُهُ ... لِلْخَصْمِ لَازِمْهُ وَلَا يَسْجُنُهُ

وَأَشْهَبُ بِضَامِنِ الْوَجْهِ قَضَى ... عَلَيْهِ حَتْمًا وَبِقَوْلِهِ الْقَضَا

لَمَّا ذَكَرَ فِي الْبَيْتِ قَبْلَ هَذَا حُكْمَ مَنْ ادَّعَى دَعْوَى وَقَامَ لَهُ بِهَا شَاهِدٌ، ذَكَرَ هُنَا حُكْمَ مَنْ ادَّعَى دَعْوَى وَلَا مُصَدِّقَ لَهُ مِنْ شَاهِدٍ وَلَا غَيْرِهِ، وَزَعَمَ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، وَأَنْكَرَ المُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْحُكْمَ فِي ذَلِكَ أَنْ يَضْرِبَ الْقَاضِي لِلْمُدَّعِي أَجَلاً لِإِثْبَاتِ دَعْوَاهُ بِقَدْرِ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَيَأْمُرُ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِإِعْطَاءِ حَمِيلٍ بِالْوَجْهِ خَشْيَةَ أَنْ لَا يَجِدَهُ المُدَّعِي إِذَا أَتَى بِبَيِّنَةٍ، وَلِذَلِكَ قَالَ: «خَشْيَةَ أَنْ لَا يَحْضُرَ». أَيْ لِيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى عَيْنِهِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَضْمَنُهُ فَيَقُولُ لِلْمُدَّعِي: لَازِمْهُ. وَلَا يَسْجُنُهُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى. هَذَا مَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ.

قَالَ أَشْهَبُ: لَا بُدَّ مِنْ ضَامِنِ الْوَجْهِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ سُجِنَ. وَالْقَضَاءُ بِقَوْلِهِ: وَإِنَّمَا يُسْجَنُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ المُدَّعِي أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً غَائِبَةً، وَلَيْسَ فِي النَّظْمِ مَا يُشْعِرُ بِحَلِفِهِ. هَذَا حَاصِلُ مَا نَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ مَعَ طُولِ عِبَارَتِهَا.

فَقَوْلُهُ: «وَضَامِنُ الْوَجْهِ». مُبْتَدَأٌ وَمُضَافٌ إِلَيْهِ، وَ«عَلَى مَنْ أَنْكَرَا» خَبَرُهُ؛ أَيْ وَاجِبٌ أَوْ لَازِمٌ، وَ«خَشْيَةَ» مَفْعُولٌ مِنْ أَجْلِهِ، وَ«مِنْ بَعْدِ» يَتَعَلَّقُ بِمَا تَعَلَّقَ بِهِ الْخَبَرُ، وَفَاعِلُ

«اسْتَحَقَّ» لِلْمُدَّعِي؛ أَيْ يُؤَجِّلُ المُدَّعِي بِقَدْرِ مَا اسْتَحَقَّ مِنَ التَّأْجِيلِ مِمَّا يَسَعُهُ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ: «وَقِيلَ إِنْ لَمْ يُلْفِ مَنْ يَضْمَنُهُ» أَيْ: يُقَالُ لِلْمُدَّعِي وَهُوَ الَّذِي كَنَّى عَنْهُ بِالخَصْمِ، فَلِلْخَصْمِ يَتَعَلَّقُ بِقِيلَ: إِنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَضْمَنُ وَجْهَ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَقَوْلُهُ: «لَازِمُهُ» هَذَا هُوَ المَحْكِيُّ بِالْقَوْلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَيَبْرَأُ الْحَمِيلُ بِالْوَجْهِ مَتَى ... أَحْضَرَ مَضْمُونًا لِخَصْمٍ مَيِّتَا

يَعْنِي أَنَّ الْحَمِيلَ بِالْوَجْهِ الَّذِي اُشْتُرِطَ أَنْ لَا يَغْرَمَ المَالَ، يَبْرَأُ مِنَ الْحَمَالَةِ بِإِحْضَارِ المَضْمُونِ لِلْمَضْمُونِ لَهُ، سَوَاءٌ أَحْضَرَهُ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَالْحَمَالَةُ بِالْوَجْهِ تَسْقُطُ عَنِ الْحَمِيلِ بِإِحْضَارِ المَضْمُونِ وَإِنْ كَانَ مُعْدَمًا، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ حَاضِرَ الْبَلَدِ مَسْجُونًا كَانَ سِجْنُهُ ذَلِكَ فِي حَقٍّ أَوْ تَعَدِّيًا عَلَيْهِ؛ وَلِأَنَّ ذَلِكَ كَمَوْتِهِ إِذَا تَعَدَّى عَلَيْهِ بِالسِّجْنِ.

وَمِنَ المُقَرَّبِ: فِي الْحَمَالَةِ بِالْوَجْهِ: وَإِنْ مَاتَ الْغَرِيمُ بَرِئَ الْحَمِيلُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَحَمَّلَ بِنَفْسِهِ وَقَدْ ذَهَبَتْ نَفْسُهُ. اهـ.

وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ: «أَحْضَرَ» أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُحْضِرْهُ، وَإِنَّمَا أَثْبَتَ مَوْتَهُ، فَإِنَّهُ لَا يَبْرَأُ بِذَلِكَ وَهُوَ كَذَلِكَ.

وَأَخَّرُوا السَّائِلَ لِلْإِرْجَاءِ ... كَالْيَوْمِ عِنْدَ الْحُكْمِ لِلْأَدَاءِ

إِنْ جَاءَ فِي الْحَالِ بِضَامِنٍ وَإِنْ ... لَمْ يَأْتِ بِالْحَمِيلِ بِالمَالِ سُجِنْ

هَذِهِ المَسْأَلَةُ مِنْ بَابِ المِدْيَانِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا هُنَا لِمُنَاسَبَتِهَا بِالْبَابِ فِي مُطْلَقِ إِعْطَاءِ الضَّامِنِ، وَ«الْإِرْجَاءُ» التَّأْخِيرُ، يَعْنِي أَنَّ المِدْيَانَ إِذَا حُكِمَ عَلَيْهِ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ، وَسَأَلَ أَنْ يُؤَخَّرَ الزَّمَانَ الْيَسِيرَ كَالْيَوْمِ وَشِبْهِهِ، فَإِنَّهُ يُجَابُ إِلَى مَا سَأَلَ، لَكِنْ إِنْ جَاءَ بِضَامِنٍ يَضْمَنُ المَالَ لِصَاحِبِهِ، يَعْنِي أَوْ جَاءَ بِرَهْنٍ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنَّهُ يُسْجَنُ.

فَفِي أَحْكَامِ ابْنِ سَهْلٍ: سُئِلَ سَحْنُونٌ عَمَّنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَسَأَلَ أَنْ يُؤَخَّرَ يَوْمًا أَوْ نَحْوَهُ، قَالَ: يُؤَخَّرُ وَيُعْطِي حَمِيلاً بِالمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَمِيلاً بِالمَالِ إِلَى يَوْمٍ وَلَا وَجَدَ المَالَ سُجِنَ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَإِنْ وَعَدَ بِقَضَاءِ دَيْنٍ وَسَأَلَ تَأْخِيرَهُ كَالْيَوْمِ أَعْطَى حَمِيلاً بِالمَالِ وَإِلَّا سُجِنَ[1].

---

(١) مختصر خليل ص ١٧٠.

باب الوكالة وما يتعلق بها

ابْنُ عَرَفَةَ: الْوَكَالَةُ نِيَابَةُ ذِي حَقٍّ غَيْرِ ذِي إِمْرَةٍ وَلَا عِبَادَةٍ لِغَيْرِهِ فِيهِ غَيْرِ مَشْرُوطَةٍ بِمَوْتِهِ(١).

قَوْلُهُ: ذِي حَقٍّ. أَخْرَجَ بِهِ مَنْ لَا حَقَّ لَهُ، فَإِنَّهُ لَا نِيَابَةَ لَهُ. وَقَوْلُهُ: غَيْرِ ذِي إِمْرَةٍ. أَخْرَجَ بِهِ الْوِلَايَةَ الْعَامَّةَ وَالْخَاصَّةَ. وَقَوْلُهُ: وَلَا عِبَادَةٍ لِغَيْرِهِ فِيهِ. أَخْرَجَ بِهِ إِمَامَةَ الصَّلَاةِ. وَقَوْلُهُ: لِغَيْرِهِ. مُتَعَلِّقٌ بِنِيَابَةٍ، وَالضَّمِيرُ عَائِدٌ عَلَى الْمُضَافِ إِلَيْهِ الَّذِي هُوَ صَاحِبُ الْحَقِّ. وَقَوْلُهُ: غَيْرِ مَشْرُوطَةٍ بِمَوْتِهِ. أَخْرَجَ بِهِ الْمُوصِي؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ فِيهِ عُرْفًا: وَكِيلٌ. وَلِذَا فَرَّقُوا بَيْنَ: فُلَانٍ وَكِيلِي وَوَصِيِّي. اهـ.

وَقَدْ عَقَدَ النَّاظِمُ فِي هَذَا الْبَابِ الْكَلَامَ عَلَى الْوَكَالَةِ بِقِسْمَيْهَا مِنْ تَعْمِيمٍ وَتَخْصِيصٍ، وَمَسَائِلُهَا مِمَّا يَكْثُرُ وُقُوعُهَا بَيْنَ يَدَيْ الْقُضَاةِ.

هَذَا مَعَ أَنَّ الْوَارِدَ عَنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ﷺ فِي ذَمِّ الْخُصُومَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَفِيمَا يَخُصُّ عَيْنَ الْمَسْأَلَةِ مِمَّا لَا يُحْصَى كَثْرَةً، فَمِنْ ذَلِكَ مَا حَكَاهُ الْمُتَيْطِيُّ قَالَ: وَكَرِهَ مَالِكٌ الْخُصُومَاتِ لِذَوِي الْهَيْئَاتِ.

وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ شَعْبَانَ: قَالَ مَالِكٌ: أُرَى الْمُخَاصِمَ رَجُلَ سَوْءٍ(٢).

وَقَالَتْ عَائِشَةُ ﷺ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَبْغَضُ الرِّجَالِ إِلَى اللهِ الْأَلَدُّ الْخَصِمُ»(٣).

وَفِي جَامِعِ الْبَيَانِ: عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ حَالَتْ شَفَاعَتُهُ دُونَ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ فَقَدْ حَادَّ اللهَ، وَمَنْ تَكَلَّمَ فِي خُصُومَةٍ لَا عِلْمَ لَهُ بِهَا لَمْ يَزَلْ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ حَتَّى يَنْزِعَ(٤).

يَجُوزُ تَوْكِيلٌ لِمَنْ تَصَرَّفَا فِي مَالِهِ لِمَنْ بِذَاكَ اتَّصَفَا

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يُوَكِّلَ عَلَى قَبْضِ حُقُوقِهِ وَاقْتِضَاءِ دُيُونِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أُمُورِهِ، لَكِنْ إِنَّمَا لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ رَشِيدًا لَا حَجْرَ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «لِمَنْ

---

(١) حاشية العدوي ٢/٤٥٧، ومنح الجليل ٦/٣٥٦، ومواهب الجليل ٧/١٦٠.

(٢) مواهب الجليل ٧/١٦٦.

(٣) صحيح البخاري (كتاب: المظالم والغصب/باب: قول الله تعالى: ﴿وهو ألد الخصام﴾/حديث رقم: ٢٤٥٧) صحيح مسلم (كتاب: العلم/باب: في الألد الخصم/حديث رقم: ٢٦٦٨).

(٤) منح الجليل ٦/٣٦٤، ومواهب الجليل ٧/١٦٦.

تَصَرَّفًا فِي مَالِهِ». فَالرُّشْدُ شَرْطٌ فِي الْمُوَكِّلِ -بِالْكَسْرِ-، وَكَذَلِكَ يُشْتَرَطُ فِي الْمُوَكَّلِ الرُّشْدُ أَيْضًا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «لِمَنْ بِذَاكَ اتَّصَفَا». فَيُشْتَرَطُ فِي الْمُوَكَّلِ -بِالْفَتْحِ- الرُّشْدُ أَيْضًا، وَفُهِمَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْمَحْجُورَ لَا يُوَكِّلُ غَيْرَهُ عَلَى حُقُوقِهِ، وَلَا يَكُونُ وَكِيلاً لِغَيْرِهِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: قَالَ ابْنُ شَاسٍ: كُلُّ مَنْ جَازَ تَصَرُّفُهُ لِنَفْسِهِ جَازَ تَوْكِيلُهُ، وَمَنْ جَازَ تَصَرُّفُهُ لِنَفْسِهِ جَازَ كَوْنُهُ وَكِيلاً إِلَّا لِمَانِعٍ، وَمَسَائِلُ الْمَذْهَبِ وَاضِحَةٌ بِهِ، وَبِامْتِنَاعِ تَوْكِيلِ مَنْ لَيْسَ لَهُ جَائِزُ الْأَمْرِ[1].

وَفِي سَمَاعِ يَحْيَى: فِي تَوْكِيلِ بِكْرٍ مَنْ يُخَاصِمُ لَهَا، تَوْكِيلُهَا غَيْرُ جَائِزٍ لَهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَلِي هَذَا مِنْ أَمْرِهَا إِنَّمَا يَلِيهِ وَصِيُّهَا وَمَنْ يُوَكِّلُهُ السُّلْطَانُ.

وَوَقَعَ فِي الْمُدَوَّنَةِ مَا يُوهِمُ صِحَّةَ وَكَالَةِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ فِي عِتْقِهَا.

الثَّانِي: إِنْ دَفَعَ الْعَبْدُ مَالًا لِرَجُلٍ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَهُ وَيُعْتِقَهُ فَفَعَلَ فَالْبَيْعُ لَازِمٌ، فَإِنْ اسْتَثْنَى مَالَهُ لَمْ يَغْرَمْ الْمَالَ ثَانِيًا وَإِلَّا غَرِمَهُ، وَيُعْتَقُ الْعَبْدُ وَلَا يُتْبَعُ بِشَيْءٍ.

ثُمَّ قَالَ الشَّارِحُ: وَأَمَّا مَنْعُ كَوْنِ الْوَكِيلِ مَحْجُورًا عَلَيْهِ فَقَالَ اللَّخْمِيُّ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ.

قُلْتُ: وَعَلَيْهِ عَمَلُ أَهْلِ بَلَدِنَا.

وَظَاهِرُ كِتَابِ الْمِدْيَانِ جَوَازُهُ، فَفِيهَا مَا نَصُّهُ: قُلْتُ: إِنْ دَفَعْتُ إِلَى عَبْدٍ أَجْنَبِيٍّ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ مَالًا يَتَّجِرُ لِي بِهِ أَوْ لِيَتِيمٍ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ، ثُمَّ لَحِقَهُمَا دَيْنٌ يَكُونُ فِي ذِمَّتِهِمَا؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: يَكُونُ فِي الْمَالِ الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِمَا وَمَا زَادَ فَهُوَ سَاقِطٌ عَنْهُمَا.

قُلْتُ: ظَاهِرُهُ جَوَازُ تَوْكِيلِهِمَا إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا تَكَلَّمَ عَلَيْهِ بَعْدَ وُقُوعِهِ.

وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وَهُوَ الْأَكْثَرُ مِنْ أَخْذِ الشُّيُوخِ الْأَحْكَامَ مِنْ مَفْرُوضَاتِ الْمُدَوَّنَةِ. اهـ.

فَقِفْ عَلَى أَنَّ مَسَائِلَ الْمُدَوَّنَةِ تُؤْخَذُ مِنْهَا الْأَحْكَامُ، وَلَا يُقَالُ: إِنَّ تِلْكَ الْأَحْكَامَ هِيَ بَعْدَ الْوُقُوعِ وَالنُّزُولِ لَا ابْتِدَاءً، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَفِي شَرْحِ الْحَطَّابِ[2] لِقَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ فِي بَابِ الشَّرِكَةِ: وَإِنَّمَا تَصِحُّ مِنْ أَهْلِ

---

(١) منح الجليل ٦/ ٢٥٠، ومواهب الجليل ٧/ ٦٦.

(٢) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، أبو عبد الله، المعروف بالحطاب، فقيه مالكي، من علماء المتصوفين، أصله من المغرب، ولد سنة ٩٠٢ هـ واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب سنة ٩٤٥ هـ، من كتبه (قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين) في الأصول، و(تحرير الكلام في مسائل الالتزام) و(مواهب=

التَّوْكِيلِ[1]. بَعْدَ أَنْ أَطَالَ الْكَلاَمَ عَلَى تَوْكِيلِ الْمَحْجُورِ وَتَوَكُّلِهِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى بِكْرًا أَوْ غَيْرَهَا. ثُمَّ قَالَ: فَتَحَصَّلَ مِنْ هَذِهِ النُّقُولِ أَنَّ تَوْكِيلَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ فِي الْخِصَامِ فِي تَخْلِيصِ مَالِهِ وَطَلَبِ حُقُوقِهِ لَا يَجُوزُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ. وَيَصِحُّ عَلَى مَا قَالَهُ فِي اللُّبَابِ، وَنَقَلَهُ فِي مُعِينِ الْحُكَّامِ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ[2]. وَتَقَدَّمَ أَنَّ غَيْرَهُ خَالَفَهُ فِيهِ.

وَأَمَّا تَوْكِيلُهُ عَلَى الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فِي مَالِهِ فَلاَ يَجُوزُ، وَلَمْ أَرَ فِيهِ خِلاَفًا بَعْدَ الْبَحْثِ، إِلَّا مَا يُؤْخَذُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْعِتْقِ الَّتِي فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْعُتْبِيَّةِ الْمُتَقَدِّمِ ذِكْرُهَا.

وَأَمَّا تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا فِي لَوَازِمِ عِصْمَتِهَا فَيَجُوزُ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي التَّوْضِيحِ، بَلْ لَيْسَ لِوَلِيِّهَا الْقِيَامُ بِذَلِكَ إِلَّا بِتَوْكِيلٍ مِنْهَا كَمَا تَقَدَّمَ.

وَأَمَّا كَوْنُ الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا وَكِيلاً فَيَجُوزُ عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ رُشْدٍ مِنْ أَنَّهُ يَجُوزُ بِلاَ خِلاَفٍ، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ رَاشِدٍ[3] فِي اللُّبَابِ، وَأَفْتَى بِهِ ابْنُ الْحَاجِّ.

وَيُؤْخَذُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْعِتْقِ الثَّانِي مِنْ الْمُدَوَّنَةِ، وَمِنْ مَسْأَلَةِ كِتَابِ الْمِدْيَانِ مِنْهَا، وَلَا يَجُوزُ عَلَى مَا قَالَهُ اللَّخْمِيُّ.

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: عَلَيْهِ عَمَلُ أَهْلِ بَلَدِنَا، وَمَشَى عَلَيْهِ صَاحِبُ الْجَوَاهِرِ وَتَابِعُوهُ، كَالْقَرَافِيِّ وَابْنِ الْحَاجِبِ، وَقَبِلَهُ ابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ وَالْمُؤَلِّفُ فِي تَوْضِيحِهِ وَغَيْرُهُمْ، فَتَحَصَّلَ

=الجليل في شرح مختصر خليل) في فقه المالكية، و(شرح نظم نظائر رسالة القيرواني لابن غازى). انظر: المنهل العذب ١/١٩٥، ونيل الابتهاج ٣٣٧، ومعجم المؤلفين ١٣/٢٢٦.

(١) مختصر خليل ص ١٧٨.

(٢) أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي القرشي، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، (والبقية: سعيد بن المسيب، وعروة، والقاسم، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وخارجة بن زيد، وسليمان ابن يسار) ولد في خلافة عمر رضي الله عنه، كان من سادات التابعين، ويلقب براهب قريش، وكان مكفوفًا، توفي في المدينة سنة ٩٤ هـ. انظر: وفيات الأعيان ١/٢٩، والسلوك في طبقات العلماء والملوك ١/١٣٨، وصفة الصفوة ٢/٩٢، وطبقات الفقهاء ٩٥، وطبقات ابن سعد ٥/٢٠٧، والشذرات ١/١٠٤، والعبر ١/١١١، ونكت الهميان ١٣١.

(٣) محمد بن عبد الله بن راشد، البكري نسبًا، القفصي بلدًا، نزيل تونس، أبو عبد الله، المعروف بابن راشد، عالم بفقه المالكية، ولد بقفصة، وتعلم بها وبتونس وبالإسكندرية والقاهرة، حج سنة ٦٨٠ هـ، وولي القضاء ببلده مدة وعزل، وتوفي بتونس، له تآليف: منها (لباب اللباب) في فروع المالكية، و(الشهاب الثاقب) في شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي، و(المذهب في ضبط قواعد المذهب) ليس للمالكية مثله، و(الفائق في الأحكام والوثائق) و(المرتبة السنية في علم العربية)، توفي سنة ٧٣٦ هـ. انظر: شجرة النور ٢٠٧، والديباج المذهب ٣٣٤.

فِي ذَلِكَ طَرِيقَانِ.

قَالَ: وَإِنَّمَا أَطَلْت الْكَلَامَ فِي هَذَا؛ لِأَنَّ الْمُصَنِّفَ لَمْ يَتَكَلَّمْ عَلَيْهِ فِي الْوَكَالَةِ، وَيُؤْخَذُ مِنْ كَلَامِهِ هُنَا الْمَنْعُ مِنْ تَوْكِيلِهِ وَتَوَكُّلِهِ، وَهِيَ إِحْدَى الطَّرِيقَيْنِ كَمَا عَمِلْتَ، وَلَكِنْ يُقَيَّدُ ذَلِكَ فِيمَا عَدَا تَوْكِيلَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا فِي لَوَازِمِ الْعِصْمَةِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ. اهـ[١].

وَ«لِمَنْ تَصَرَّفَا» يُحْتَمَلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِـ«تَوْكِيلٌ» أَوْ بِـ«يَجُوزُ» وَ«لِمَنْ بِذَاكَ اتَّصَفَا» يَتَعَلَّقُ بِتَوْكِيلٌ، وَ«بِذَاكَ اتَّصَفَا» وَالْإِشَارَةُ لِلتَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ.

وَمَنَعُــوا التَّوْكِيــلَ لِلــذِّمِّيِّ   وَلَــيْسَ إِنْ وَكَّــلَ بِــالْمَرْضِيِّ

يَعْنِي أَنَّ الْفُقَهَاءَ مَنَعُوا أَنْ يُوَكِّلَ الْمُسْلِمُ ذِمِّيًّا؛ لِكَوْنِهِ لَا يَتَّقِي الْحَرَامَ فِي مُعَامَلَاتِهِ، وَكَذَلِكَ لَمْ يَرْتَضُوا أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ وَكِيلاً لِذِمِّيٍّ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ إِهَانَتِهِ وَالِاعْتِذَارِ عَلَيْهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَكَأَنَّ الْحُكْمَ بِعَدَمِ الْجَوَازِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى أَشَدُّ، وَلِذَلِكَ عَبَّرَ عَنْهُ الشَّيْخُ بِلَفْظِ الْمَنْعِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ بِنَفْيِ الرِّضَا. اهـ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ نَصْرَانِيًّا إِلَّا لِخِدْمَةٍ، فَأَمَّا لِبَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ تَقَاضٍ أَوْ لِيُبْضِعَ مَعَهُ فَلَا يَجُوزُ؛ لِعَمَلِهِمْ بِالرِّبَا وَاسْتِحْلَالِهِمْ لَهُ[٢].

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَا عَبْدُهُ النَّصْرَانِيُّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِبَيْعِ شَيْءٍ وَلَا شِرَائِهِ وَلَا اقْتِضَائِهِ، وَلَا يَمْنَعُ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ النَّصْرَانِيَّ أَنْ يَأْتِيَ الْكَنِيسَةَ وَلَا مِنْ شُرْبِ الْخَمْرِ وَأَكْلِ الْخِنْزِيرِ[٣].

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَا يُشَارِكُ الْمُسْلِمُ ذِمِّيًّا إِلَّا أَنْ لَا يَغِيبَ عَلَى بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُسْلِمِ. قَالَ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يُسَاقِيَهُ إِذَا كَانَ الذِّمِّيُّ لَا يَعْصِرُ حِصَّتَهُ خَمْرًا[٤].

قَالَ: وَلَا أُحِبُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَدْفَعَ لِذِمِّيٍّ قِرَاضًا لِعَمَلِهِ بِالرِّبَا، وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ قِرَاضًا لِئَلَّا يُذِلَّ نَفْسَهُ. يُرِيدُ: وَإِنْ وَقَعَ لَمْ يُفْسَخْ. اهـ[٥].

وَهَذَا النَّصُّ كُلُّهُ فِي الْفَرْعِ الْأَوَّلِ -أَعْنِي تَوْكِيلَ الْمُسْلِمِ الذِّمِّيَّ- إِلَّا قَوْلَهُ آخِرًا: وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ قِرَاضًا لِئَلَّا يُذِلَّ نَفْسَهُ. فَإِنَّهُ شَاهِدٌ لِلْفَرْعِ الثَّانِي، وَهُوَ كَوْنُ الْمُسْلِمِ وَكِيلاً

---

(١) مواهب الجليل ٧/ ٧١.

(٢) المدونة ٣/ ٩٨ - ٩٩.

(٣) المدونة ٣/ ٩٩.

(٤) المدونة ٣/ ٩٩.

(٥) المدونة ٣/ ٦٤٥.

لِلذِّمِّيِّ، وَالْمُرَادُ بِالذِّمِّيِّ -وَاللهُ أَعْلَم- الْكَافِرُ مِنْ حَيْثُ هُوَ ذِمِّيًّا كَانَ أَوْ حَرْبِيًّا.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: قَالَ الشَّعْبَانِيُّ: الْوَكَالَاتُ أَمَانَاتٌ، وَيَنْبَغِي لِأُولِي الْأَمَانَاتِ أَنْ لَا يُوَكِّلُوا أُولِي الْخِيَانَاتِ.

قَالَ مَالِكُ بْنُ دِينَارٍ[1]: كَفَى بِالْمَرْءِ خِيَانَةً أَنْ يَكُونَ أَمِينًا لِلْخَوَنَةِ[2].

وَمَنْ عَلَى قَبْضٍ صَبِيًّا قَدَّمَا ... فَقَبْضُهُ بَرَاءَةٌ لِلْغُرَمَا

تَقَدَّمَ أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْوَكِيلِ أَنْ يَكُونَ رَشِيدًا؛ لِقَوْلِهِ فِي الشَّطْرِ الثَّانِي مِنَ الْبَيْتِ الْأَوَّلِ: «لِمَنْ بِذَاكَ اتَّصَفَا». وَذَكَرَ هُنَا أَنَّ مَنْ قَدَّمَ -أَيْ وَكَّلَ- صَبِيًّا عَلَى قَبْضِ دَيْنٍ فَقَبَضَهُ، فَإِنَّ الْغَرِيمَ يَبْرَأُ بِالدَّفْعِ لَهُ.

قَالَ فِي نَوَازِلِ ابْنِ الْحَاجِّ: مَنْ وَكَّلَ عَلَى قَبْضِ دَيْنٍ لَهُ صَبِيًّا قَبْلَ الْبُلُوغِ، فَقَبْضُهُ بَرَاءَةٌ لِلْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ قَدْ رَضِيَ بِهِ وَأَنْزَلَهُ مَنْزِلَتَهُ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ اللَّخْمِيِّ كَالْمُخَالِفِ لِهَذِهِ الْفَتْوَى مِنْ كَوْنِهِ عَلَّلَ الْمَنْعَ مِنْ تَوْكِيلِ مَنْ لَيْسَ لَهُ بِجَائِزِ الْأَمْرِ بِأَنَّهُ تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ، فَعَلَى ذَلِكَ كَانَ النَّظَرُ هُنَا أَنْ تُمْنَعَ هَذِهِ الْوَكَالَةُ فَتَأَمَّلْهُ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَلَا يُوَكِّلُ مُسْلِمٌ لِكَافِرٍ، وَلَا كَبِيرٌ لِطِفْلٍ، وَلَا طِفْلٌ لِكَبِيرٍ مِنَ الِاسْتِغْنَاءِ.

فَ«مَنْ» مَوْصُولَةٌ مُبْتَدَأٌ صِلَتُهُ «قَدَّمَا»، وَ«صَبِيًّا» مَفْعُولُهُ، وَ«عَلَى قَبْضٍ» يَتَعَلَّقُ بِقَدِمَ، وَجُمْلَةُ «فَقَبْضُهُ بَرَاءَةٌ» خَبَرُ مَنْ، وَ«لِلْغُرَمَاءِ» يَتَعَلَّقُ بِبَرَاءَةٍ. انْتَهَى.

وَجَازَ لِلْمَطْلُوبِ أَنْ يُوَكِّلَا ... وَمَنْعُ سَحْنُونٍ لَهُ قَدْ نُقِلَا

---

(١) أبو يحيى مالك بن دينار البصري، وهو من موالي بني سامة بن لؤي القرشي، كان عالمًا زاهدًا كثير الورع، قنوعًا لا يأكل إلا من كسبه، وكان يكتب المصاحف بالأجرة، وروي عنه أنه قال: قرأت في التوراة أن الذي يعمل بيده طوبى لمحياه ومماته. وكان من كبار السادات، وتوفي سنة ١٣١ هـ بالبصرة، قبل الطاعون بيسير. انظر: وفيات الأعيان ٤/ ١٣٩، وطبقات ابن سعد ٧/ ٢٤٣، وطبقات خليفة ٢١٦، وتاريخ خليفة ٣٩٥، والجرح والتعديل ٨/ ٢٠٨، وتهذيب الأسماء ٢/ ٨٠، وتذهيب التهذيب ٤/ ١٨، وتاريخ الإسلام ٥/ ١٢٨، وميزان الاعتدال ٣/ ٤٢٦، وتهذيب التهذيب ١٠/ ١٤، وشذرات الذهب ١/ ١٧٣، وسير أعلام النبلاء ٥/ ٣٦٢.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ٤/ ٧٧.

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَطْلُوبِ أَنْ يُوَكِّلَ مَنْ يُخَاصِمُ عَنْهُ وَيَدْفَعُ حُجَّةَ طَالِبِهِ، كَمَا يَجُوزُ لِلْمَطْلُوبِ عِنْدَ سَائِرِ الْفُقَهَاءِ إِلَّا سَحْنُونًا؛ فَإِنَّهُ أَبَاحَ ذَلِكَ لِلطَّالِبِ وِفَاقًا لِغَيْرِهِ مِنْ أَهْلِ الْمَذْهَبِ، وَمَنَعَ ذَلِكَ لِلْمَطْلُوبِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: فَإِذَا أَرَادَ الرَّجُلُ التَّوْكِيلَ جَازَ ذَلِكَ لَهُ طَالِبًا كَانَ أَوْ مَطْلُوبًا، هَذَا هُوَ الْقَوْلُ الْمَشْهُورُ الَّذِي جَرَى عَلَيْهِ الْعَمَلُ.

وَكَانَ سَحْنُونٌ لَا يَقْبَلُ مِنَ الْمَطْلُوبِ وَكِيلاً إِلَّا مِنِ امْرَأَةٍ لَا تَخْرُجُ مِثْلُهَا أَوْ مَرِيضٍ أَوْ مُرِيدِ سَفَرٍ أَوْ مَنْ تَبَيَّنَ عُذْرُهُ، أَوْ مَنْ كَانَ فِي شُغْلِ الْأَمِيرِ، أَوْ عَلَى خُطَّةٍ لَا يَسْتَطِيعُ مُفَارَقَتَهَا كَالْحِجَابَةِ وَغَيْرِهَا، وَكَانَ يَقْبَلُ التَّوْكِيلَ مِنْ كُلِّ طَالِبٍ.

وَحَيْثُمَا التَّوْكِيلُ بِالْإِطْلَاقِ فَذَلِكَ التَّفْوِيضُ بِاتِّفَاقِ

يَعْنِي أَنَّ الْوَكَالَةَ عَلَى وَجْهَيْنِ: تَكُونُ مُفَوَّضَةً أَيْ عَامَّةً فِي كُلِّ شَيْءٍ، فَلَا تُخَصُّ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ؛ وَتَكُونُ مُقَيَّدَةً كَوَكَّلْتُكَ عَلَى كَذَا فَتَخْتَصُّ بِذَلِكَ، فَإِذَا وَرَدَ لَفْظُ التَّوْكِيلِ مُطْلَقًا غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِشَيْءٍ، فَيُحْمَلُ عَلَى الْوَكَالَةِ الْمُفَوَّضَةِ الْعَامَّةِ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ.

وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ، وَفُهِمَ مِنْهُ أَنَّ لَفْظَ التَّوْكِيلِ إِذَا كَانَ مُقَيَّدًا بِشَيْءٍ، فَإِنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِهِ وَلَا يَتَعَدَّاهُ لِغَيْرِهِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: شَرْطُ صِحَّتِهَا عِلْمُ مُتَعَلَّقِهَا خَاصًّا أَوْ عَامًّا بِلَفْظٍ أَوْ قَرِينَةٍ أَوْ عُرْفٍ خَاصٍّ أَوْ عَامٍّ، فَلَوْ أَتَى لَفْظُ التَّوْكِيلِ مُطْلَقًا كَأَنْتَ وَكِيلِي أَوْ وَكَّلْتُكَ، فَطَرِيقَانِ:

فَقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ وَابْنُ شَاسٍ: لَغْوٌ. وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْحَاجِبِ: لَمْ يُفِدْ[(١)].

وَقَالَ ابْن رُشْدٍ: إِنَّمَا تَكُونُ الْوَكَالَةُ مُفَوَّضَةً فِي كُلِّ شَيْءٍ إِذَا لَمْ يُسَمَّ فِيهَا شَيْءٌ، وَلِهَذَا قَالُوا فِي الْوَكَالَةِ: إِذَا طَالَتْ قَصُرَتْ، وَإِذَا قَصُرَتْ طَالَتْ. وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ إِذَا قَالَ الرَّجُلُ: فُلَانٌ وَصِيِّي. وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ، كَانَ وَصِيًّا لَهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ، فِي مَالِهِ وَبُضْعِ بَنَاتِهِ وَإِنْكَاحِ بَنِيهِ الصِّغَارِ، وَهَذَا قَوْلُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ[(٢)].

وَلَيْسَ يَمْضِي غَيْرُ مَا فِيهِ نَظَرْ إِلَّا بِنَصٍّ فِي الْعُمُومِ مُعْتَبَرْ

يَعْنِي أَنَّ فِعْلَ الْوَكِيلِ مَاضٍ لَا يُرَدُّ إِلَّا مَا كَانَ مِنْهُ غَيْرَ نَظَرٍ وَغَيْرَ سَدَادٍ فَيُرَدُّ، وَلَا

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٩٧.

(٢) البيان والتحصيل ١٦٧/٨.

يَمْضِي إِلَّا أَنْ يَنُصَّ لَهُ المُوَكِّلُ عَلَى الْعُمُومِ وَالاِسْتِغْرَاقِ، وَأَنَّ فِعْلَهُ مَاضٍ نَظَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَ نَظَرٍ فَيَمْضِي وَلَوْ كَانَ غَيْرَ نَظَرٍ إِلَّا فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ: طَلاَقِ زَوْجَتِهِ، وَإِنْكَاحِ أَبْكَارِ بَنَاتِهِ، وَبَيْعِ دَارِ سُكْنَاهُ، وَعِتْقِ عَبْدِهِ، فَلاَ يَمْضِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ، وَلَوْ فُوِّضَ لَهُ فِي النَّظَرِ وَغَيْرِهِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَشَرَطَ المُصَنِّفُ أَنْ يَكُونَ تَصَرُّفُهُ نَظَرًا؛ لِأَنَّهُ مَعْزُولٌ عَنْ غَيْرِهِ بِالْعَادَةِ، إِلَّا أَنْ يُصَرِّحَ لَهُ بِذَلِكَ فَيَقُولُ: نَظَرًا وَغَيْرَ نَظَرٍ. وَفِيهِ نَظَرٌ؛ إِذْ لَا يَأْذَنُ الشَّرْعُ فِي السَّفَهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ الْوَكِيلُ؛ إِذْ لَا يَحِلُّ لَهُمَا ذَلِكَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ابْنُ رَاشِدٍ: وَذَكَرَ غَيْرُ المُصَنِّفِ وَابْنُ شَاسٍ وَابْنُ رُشْدٍ أَنَّهُ يُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ بَيْعُ دَارِ السُّكْنَى، وَبَيْعُ الْعَبْدِ، وَزَوَاجُ الْبِكْرِ، وَطَلاَقُ الزَّوْجَةِ، إِذْ الْعُرْفُ قَاضٍ بِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَنْدَرِجُ تَحْتَ عُمُومِ التَّفْوِيضِ، وَإِنَّمَا يَفْعَلُهُ الْوَكِيلُ إِذَا وَقَعَ النَّصُّ عَلَيْهِ. اهـ.

الْحَطَّابُ: فَقَوْلُه: إِلَّا الطَّلاَقَ وَإِنْكَاحَ بِكْرِهِ... إلَخْ. مُسْتَثْنًى مِنْ قَوْلِهِ: وَغَيْرُ نَظَرٍ. وَإِذَا اُسْتُثْنِيَتْ هَذِهِ مَعَ وُجُودِ هَذَا الْقَيْدِ، فَأَحْرَى أَنْ تُسْتَثْنَى فِي عَدَمِهِ[1].

ثُمَّ قَالَ الْحَطَّابُ: وَفَهِمَ ابْنُ فَرْحُونٍ كَلاَمَ ابْنِ الْحَاجِبِ عَلَى خِلاَفِ مَا فَهِمَهُ المُصَنِّفُ وَابْنُ عَرَفَةَ، فَقَالَ: هَذَا مِثَالٌ لِوَكَالَةِ التَّفْوِيضِ وَلَفْظُ مَا يَقْتَضِي الْعُمُومَ وَمَعْنَاهُ، فَلَوْ قَالَ لَهُ: وَكَّلْتُكَ بِمَا تُعَاطِيهِ مِنْ بَيْعٍ وَشِرَاءٍ وَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ وَقَلِيلِ الْأَشْيَاءِ وَكَثِيرِهَا. جَازَ فِعْلُ الْوَكِيلِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ، وَعَكْسُهُ هُوَ مَعْزُولٌ عَنْهُ بِالْعَادَةِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ: افْعَلْ مَا رَأَيْتَ. كَانَ نَظَرًا عِنْدَ أَهْلِ الْبَصَرِ وَالمَعْرِفَةِ أَوْ غَيْرَ نَظَرٍ، وَلَيْسَ مُرَادُهُ: افْعَلْ مَا شِئْتَ. وَإِنْ كَانَ سَفَهًا كَمَا فَهِمَهُ صَاحِبُ التَّوْضِيحِ[2].

ثُمَّ قَالَ الحَطَّابُ: وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ مَعْنَى قَوْلِهِمْ: وَيَمْضِي النَّظَرُ. أَيْ: مَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ تَعُودُ بِتَنْمِيَةِ المَالِ لَا التَّبَرُّعَاتِ كَالْعِتْقِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: وَكَّلْتُكَ وَكَالَةً مُفَوَّضَةً، وَأَذِنْتُ لَك أَنْ تَفْعَلَ جَمِيعَ مَا تَرَاهُ. وَإِنْ كَانَ غَيْرَ نَظَرٍ؛ أَيْ لَيْسَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ تَعُودُ بِتَنْمِيَةِ المَالِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ فَتَمْضِي التَّبَرُّعَاتُ، وَلَا يُقَالُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ: إِنَّهَا سَفَهٌ أَوْ فَسَادٌ إِلَّا مَا تَفَاحَشَ مِنْ ذَلِكَ وَخَرَجَ عَنْ الْحَدِّ، وَلَمْ يَكُنْ فَاعِلُهُ

---

(١) مواهب الجليل ٧/١٧٦.

(٢) مواهب الجليل ٧/١٧٧.

مِنْ أَهْلِ الْيَقِينِ وَالتَّوَكُّلِ، فَتَأَمَّلْهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ[١].

وَذَا لَـهُ تَقْـدِيمُ مَـنْ يَـرَاهُ ... بِمِثْلِـهِ أَوْ بَعْـضِ مَـا اقْتَـضَاهُ

وَمَـنْ عَـلَى مُخَـصَّصٍ وُكِّـلَ لَمْ ... يُقَـدِّمْ إِلَّا إِنْ بِـهِ الْجَعْـلُ حَكَـمْ

الْإِشَارَةُ إِلَى الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ لَهُ، يَعْنِي أَنَّ الْوَكِيلَ الْمُفَوَّضَ إِلَيْهِ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ عَلَى مِثْلِ مَا وُكِّلَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى بَعْضِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَأَمَّا الْوَكِيلُ الْمَخْصُوصُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ إِلَّا إِنْ جُعِلَ لَهُ ذَلِكَ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَذَكَرْنَا فِي هَذَا النَّصِّ: أَنَّهُ إِنْ أَذِنَ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ عَنْهُ مَنْ شَاءَ... إلَخْ. هُوَ أَحْسَنُ مِنْ إِسْقَاطِ ذِكْرِهِ؛ لِاخْتِلَافِ الشُّيُوخِ الْمُتَقَدِّمِينَ فِي ذَلِكَ، فَمِنْهُمْ مَنْ كَانَ يَقُولُ: إِذَا وَكَّلَهُ تَوْكِيلاً مُفَوَّضًا فَلَهُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ وَإِنْ لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ الْمُوَكِّلُ، وَمِنْهُمْ مَنْ كَانَ يَقُولُ: لَيْسَ لِلْوَكِيلِ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَنُصَّ فِي تَوْكِيلِهِ عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ بَعْضُ الشُّيُوخِ: وَلَا أَحْفَظُ فِي ذَلِكَ قَوْلًا مَنْصُوصًا لِأَحَدٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ الْمُتَقَدِّمِينَ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ قَدْ أَنْزَلَهُ مَنْزِلَتَهُ وَجَعَلَهُ عِوَضَهُ، فَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ مَا كَانَ لِمُوَكِّلِهِ أَنْ يَفْعَلَهُ. اهـ[٢].

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: وَلِلْمُفَوَّضِ إِلَيْهِ أَنْ يُقَدِّمَ عَنْ مُوَكِّلِهِ غَيْرَهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ، أَوْ بِمَا يَقْتَضِيهِ رَأْيُهُ مِنْ مَعَانِي التَّفْوِيضِ الْمَذْكُورَةِ، وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ حَتَّى يُنَصَّ لَهُ عَلَيْهِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَلَا أَعْلَمُ لِلْمُتَقَدِّمِينَ فِي ذَلِكَ نَصًّا، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا الْمُتَأَخِّرُونَ فِي ذَلِكَ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ وَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ الْمُوَكِّلُ ذَلِكَ، فَمَنْ أَرَادَ الْخُرُوجَ مِنَ الْخِلَافِ فَلْيَكْتُبْ فِي الْعَقْدِ مَا نَصُّهُ: وَجَعَلَ لَهُ أَنْ يُفَوِّضَ عَنْهُ إِلَى مَنْ شَاءَ بِمِثْلِ ذَلِكَ. أَوْ بِمَا شَاءَ مِنَ الْفُصُولِ الْمُنْدَرِجَةِ تَحْتَ عُمُومِهِ، وَالْعَزْلُ وَالتَّبْدِيلُ مَا أَحَبَّ، وَأَمَّا الْوَكِيلُ الْمَخْصُوصُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ بِاتِّفَاقٍ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لَهُ ذَلِكَ الْمُوَكِّلُ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) اسْتَثْنَى ابْنُ الْحَاجِبِ مِنَ الْوَكِيلِ الْمَخْصُوصِ مَسْأَلَتَيْنِ:

الْأُولَى: أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ لَا يَلِيقُ بِهِ تَوَلِّي الْمُوَكَّلِ فِيهِ، كَمَنْ وَكَّلَ رَجُلاً شَرِيفًا مَعْرُوفًا

---

(١) مواهب الجليل ٧/ ١٧٧.

(٢) البيان والتحصيل ٨/ ١٩٤، ومواهب الجليل ٧/ ١٩٢.

بِالْجَلاَلَةِ عَلَى بَيْعِ ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَمَّا كَانَ لَا يَتَصَرَّفُ فِي هَذَا لِنَفْسِهِ كَانَ ذَلِكَ قَرِينَةً فِي إِجَازَةِ تَوْكِيلِهِ غَيْرَهُ، فَكَانَ ذَلِكَ كَالتَّصْرِيحِ بِإِجَازَةِ التَّوْكِيلِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يُوَكِّلَهُ عَلَى أُمُورٍ كَثِيرَةٍ لَا يُمْكِنُ الْوَكِيلُ أَنْ يَسْتَقِلَّ بِهَا؛ لِأَنَّهُ بِالْعَادَةِ قَدْ أَذِنَ لَهُ فِي التَّوْكِيلِ. أُنْظُرْ التَّوْضِيحَ.

وَ«مُخَصَّصٍ» فِي الْبَيْتِ الثَّانِي -بِفَتْحِ الصَّادِ- اسْمُ مَفْعُولٍ نَعْتٌ لِمَحْذُوفٍ؛ أَيْ وَوُكِّلَ عَلَى شَيْءٍ مَخْصُوصٍ، وَالْمُخَصَّصُ لَهُ الْمُوَكِّلُ، وَ«الْجَعْلُ» بِفَتْحِ الْجِيمِ فَاعِلٌ بِفِعْلٍ يُفَسِّرُهُ حُكِمَ، فَهُوَ إِمَّا بِمَعْنَى اسْمِ الْفَاعِلِ أَيْ الْجَاعِلِ، وَإِمَّا عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ أَيْ ذُو الْجَعْلِ، وَالْمُرَادُ بِهِ الْمُوَكِّلُ عَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ، وَمَعْنَى «لَمْ يُقَدِّمْ» أَيْ لَمْ يُوَكِّلْ، وَمَعْنَى «حُكِمَ بِهِ» أَيْ: جُعِلَ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ لَهُ، وَضَمِيرُ «بِهِ» لِلتَّقْدِيمِ الْمَفْهُومِ مِنْ قَوْلِهِ: «لَمْ يُقَدِّمْ».

وَمَا مِنَ التَّوْكِيلِ لِاثْنَيْنِ فَمَا ... زَادَ مِنَ الْمَمْنُوعِ عِنْدَ الْعُلَمَا

يَعْنِي أَنَّ الْعُلَمَاءَ -أَيْ الْفُقَهَاءَ- مَنَعُوا مِنْ تَوْكِيلِ وَكِيلَيْنِ اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا عَلَى الْمُوَكَّلِ عَلَيْهِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَلَا يَجُوزُ لِرَجُلٍ وَلَا امْرَأَةٍ أَنْ يُوَكِّلَ فِي الْخِصَامِ أَكْثَرَ مِنْ وَكِيلٍ وَاحِدٍ، وَلَا يَجُوزُ تَوْكِيلُ وَكِيلَيْنِ. اهـ.

وَهَذَا فِي التَّوْكِيلِ عَلَى الْخُصُومَةِ، وَأَمَّا بَيْعٌ أَوْ شِرَاءٌ أَوْ نِكَاحٌ وَنَحْوُهَا فَيَجُوزُ تَوْكِيلُ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ.

«وَمَا» مُبْتَدَأٌ مَوْصُولٌ، وَ«مِنَ التَّوْكِيلِ» يَتَعَلَّقُ بِفِعْلٍ مَحْذُوفٍ؛ أَيْ مَا يَقَعُ صِلَةَ مَا، وَ«لِاثْنَيْنِ» يَتَعَلَّقُ بِتَوْكِيلٍ، وَ«مَا» عَطْفٌ عَلَى اثْنَيْنِ، وَ«زَادَ» صِلَةُ مَا الثَّانِيَةِ، وَ«مِنَ الْمَمْنُوعِ» خَبَرُ مَا الْأُولَى، وَ«عِنْدَ» يَتَعَلَّقُ بِالْمَمْنُوعِ.

وَالنَّقْصُ لِلْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ مِنْ ... تَوْكِيلِ الِاخْتِصَامِ بِالرَّدِّ قَمِنْ

وَحَيْثُ الْإِقْرَارُ أَتَى بِمَعْزِلِ ... مِنَ الْخِصَامِ فَهُوَ غَيْرُ مُعْمَلِ

يَعْنِي أَنَّ التَّوْكِيلَ عَلَى الْخُصُومَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ الْإِقْرَارُ وَالْإِنْكَارُ؛ أَيْ لَمْ يَجْعَلْ الْمُوَكِّلُ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُقِرَّ عَنْهُ أَوْ يُنْكِرَ، وَعَنْ عَدَمِ فِعْلِ ذَلِكَ عَبَّرَ بِالنَّقْصِ فَرَدَّ الْمُوَكَّلُ عَلَيْهِ التَّوْكِيلَ لَمَّا انْتَقَصَ مِنْهُ مِنَ الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ قَالَ: لَا أُخَاصِمُكَ حَتَّى يَجْعَلَ لَك الْإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ

فَإِنَّ ذَلِكَ التَّوْكِيلَ المَنْقُوصَ مِنْهُ ذَلِكَ حَقِيقٌ بِأَنْ يُرَدَّ لِمَا لِخَصْمِهِ فِي ذَلِكَ مِنَ الحَقِّ.

وَ«قَمِنْ» بِفَتْحِ الْقَافِ وَكَسْرِ المِيمِ؛ أَيْ حَقِيقٌ، وَهُوَ خَبَرُ النَّقْصِ وَلِلإِقْرَارِ، وَ«مِنْ تَوْكِيلٍ» يَتَعَلَّقَانِ بِالنَّقْصِ، وَكَانَ المُرَادُ أَنَّ التَّوْكِيلَ عَلَى الخِصَامِ المَنْقُوصِ مِنْهُ الإِقْرَارُ وَالإِنْكَارُ إِذَا رَدَّهُ الخَصْمُ، فَهُوَ حَقِيقٌ بِأَنْ يُرَدَّ، وَأَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى قَوْلِ المُتَيْطِيِّ: وَقَوْلُنَا فِي النَّقْصِ وَعَلَى الإِقْرَارِ عَلَيْهِ وَالإِنْكَارِ عَنْهُ هُوَ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ، وَلَا يَتِمُّ التَّوْكِيلُ عَلَى المُخَاصَمَةِ إِلَّا بِهِ، فَإِنْ لَمْ يُذْكَرْ فِيهِ الإِقْرَارُ وَالإِنْكَارُ؛ كَانَ لِخَصْمِهِ أَنْ يَضْطَرَّهُ إِلَى التَّوْكِيلِ عَلَى هَذَيْنِ الفَصْلَيْنِ، هَذَا هُوَ القَوْلُ المَشْهُورُ المَعْلُومُ، وَبِهِ جَرَى العَمَلُ عِنْدَ القُضَاةِ وَالحُكَّامِ. اهـ. وَهَذَا هُوَ قَوْلُ ابْنِ العَطَّارِ وَبِهِ جَرَى العَمَلُ، فَلِذَلِكَ اعْتَمَدَهُ النَّاظِمُ، وَفِي نَوَازِلِ أَصْبَغَ خِلَافُهُ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَقَدْ نَزَلَتْ فَقَضَى فِيهَا بِأَنْ لَا يُقْبَلَ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَعَ وَكِيلِهِ لِيُقِرَّ بِمَا يُوقَفُ عَلَيْهِ خَصْمُهُ أَوْ يَكُونَ فِي وَقْتِ الحُكْمِ قَرِيبًا مِنْ مَجْلِسِ القَاضِي. اهـ[1].

ابْنُ عَرَفَةَ: وَفِي نَوَازِلِ أَصْبَغَ: وَهِيَ عَلَى الخِصَامِ فَقَطْ لَا تَشْمَلُ صُلْحًا وَلَا إِقْرَارًا وَلَا يَصِحُّ مِنَ الوَكِيلِ أَحَدُهُمَا إِلَّا أَنْ يَنُصَّ مُوَكِّلُهُ عَلَيْهِ.

وَفِي التَّوْضِيحِ: وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ لِلْوَكِيلِ الإِقْرَارُ إِنْ نَهَاهُ مُوَكِّلُهُ عَنْهُ، وَأَمَّا إِنْ أَطْلَقَ الوَكَالَةَ، فَالمَعْرُوفُ مِنَ المَذْهَبِ أَنَّ الوَكَالَةَ عَلَى الخِصَامِ لَا تَسْتَلْزِمُ الوَكَالَةَ عَلَى الإِقْرَارِ إِذَا لَمْ يَجْعَلْهُ إِلَيْهِ، وَلَوْ أَقَرَّ لَمْ يَلْزَمْ.

وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ لُزُومُ مَا أَقَرَّ بِهِ، وَعَلَى الأَوَّلِ فَقَالَ ابْنُ العَطَّارِ وَجَمَاعَةٌ مِنَ الأَنْدَلُسِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ: إِنَّ مِنْ حَقِّ الخَصْمِ أَنْ لَا يُخَاصِمَ الوَكِيلَ حَتَّى يَجْعَلَ لَهُ الإِقْرَارَ.

قَالَ فِي البَيَانِ: وَنَزَلَتْ عِنْدَنَا فَقَضَى فِيهَا بِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ مِنْهُ الوَكَالَةُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ المُوَكِّلُ مَعَ وَكِيلِهِ فِي وَقْتِ الحُكْمِ، أَوْ يَكُونَ قَرِيبًا مِنْ مَجْلِسِ القَاضِي[2].

وَأَمَّا إِنْ جَعَلَ لَهُ الإِقْرَارَ، فَفِي المُتَيْطِيَّةِ يَلْزَمُهُ مَا أَقَرَّ بِهِ الوَكِيلُ.

قَالَ فِي الكَافِي: وَبِهِ جَرَى العَمَلُ عِنْدَنَا، وَزَعَمَ ابْنُ خُوَيْزِ مَنْدَادٍ[3] أَنَّ تَحْصِيلَ

---

(١) البيان والتحصيل ٨/٢٣٨.

(٢) البيان والتحصيل ٨/٢٣٨.

(٣) أبو بكر بن خويز منداد، ويقال خوين منداد، المالكي العراقي، فقيه؛ إذ كذا كنَّاه أبو إسحاق الشيرازي، وسماه محمد بن أحمد بن عبد الله. انظر: الديباج المذهب ١/١٣٨، وترتيب المدارك ٤/٦٠٦.

المَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِقْرَارُهُ(١).

قَالَ فِي الْكَافِي: وَهَذَا غَيْرُ المُفَوَّضِ. قَالَ: وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ فِيمَنْ قَالَ: مَا أَقَرَّ بِهِ عَلَيَّ فُلاَنٌ فَهُوَ لَازِمٌ لِي أَنْ لَا يَلْزَمَهُ(٢).

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ إِذَا قَالَ المُوَكِّلُ لِوَكِيلِهِ: أَقِرَّ عَنِّي لِفُلاَنٍ بِأَلْفٍ. هَلْ يَكُونُ ذَلِكَ إِقْرَارًا بِالأَلْفِ لِفُلاَنٍ أَوْ لَا؟ وَاخْتَارَ المَازِرِيُّ أَنَّهُ إِقْرَارٌ لَهُ، وَقَدْ اشْتَمَلَ الْبَيْتُ الْأَوَّلُ عَلَى مَسْأَلَةٍ، وَهِيَ أَنَّ نَقْصَ الإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ مِنْ وَكَالَةِ الخِصَامِ يُوجِبُ رَدَّ الْوَكَالَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي كَلاَمِ المُتَيْطِيِّ وَفِي قَوْلِ التَّوْضِيحِ.

وَعَلَى الْأَوَّلِ فَقَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ إِلَى قَوْلِهِ: مِنْ مَجْلِسِ الْقَاضِي: وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «تَوْكِيلُ الِاخْتِصَامِ». أَنَّ الْوَكَالَةَ المُفَوَّضَةَ لَا تُرَدُّ بِعَدَمِ النَّصِّ عَلَى الإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ، بَلْ إِنْ نَصَّ عَلَيْهِ فَلاَ إِشْكَالَ، وَإِنْ سَكَتَ عَنْهُ شَمِلَهُ التَّفْوِيضُ وَصَحَّ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ عَنْ مُوَكِّلِهِ.

وَاشْتَمَلَ الْبَيْتُ الثَّانِي عَلَى مَسْأَلَةٍ أُخْرَى، وَهِيَ أَنَّ وَكَالَةَ الخِصَامِ إِذَا لَمْ يُذْكَرْ فِيهَا الإِقْرَارُ ثُمَّ أَقَرَّ الْوَكِيلُ، فَإِنَّ إِقْرَارَهُ لَا يَلْزَمُ المُوَكِّلَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا فِي كَلاَمِ ابْنِ عَرَفَةَ وَفِي قَوْلِ صَاحِبِ التَّوْضِيحِ.

وَأَمَّا إِنْ أَطْلَقَ الْوَكَالَةَ إِلَى قَوْلِهِ: «مَا أَقَرَّ بِهِ». وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الإِقْرَارُ حَيْثُ لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ، فَأَحْرَى إِنْ نَهَاهُ عَنْهُ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ كَلاَمِ التَّوْضِيحِ.

وَمَنْ عَلَى خُصُومَةٍ مُعَيَّنَهْ تَوْكِيلُهُ فَالطُّولُ لَنْ يُوَهِّنَهْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ وُكِّلَ عَلَى الخِصَامِ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، ثُمَّ طَالَ الزَّمَانُ قَبْلَ كَمَالِ تِلْكَ الْخُصُومَةِ، سَوَاءٌ ابْتَدَأَهَا ثُمَّ حَصَلَ الطُّولُ أَوْ حَصَلَ قَبْلَ ابْتِدَائِهَا، فَإِنَّ لِلْوَكِيلِ تَمَامَ تِلْكَ الْخُصُومَةِ، وَلَا يُوهِنُ تَوْكِيلَهُ أَوْ يُضْعِفُهُ ذَلِكَ الطُّولُ.

فَفِي مَسَائِلِ ابْنِ حَبِيبٍ: قَالَ سَحْنُونٌ فِيمَنْ وُكِّلَ عَلَى خُصُومَةٍ فَلَمْ يَقُمْ الْوَكِيلُ بِذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ، إِمَّا أَنْشَبَ الْخُصُومَةَ قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِشَيْءٍ، ثُمَّ قَامَ يَطْلُبُ بِتِلْكَ الْوَكَالَةِ الْقَدِيمَةِ، فَقَالَ: يَبْعَثُ الْقَاضِي إِلَى المُوَكِّلِ يَسْأَلُ: أَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ أَمْ خَلَعَهُ؟ فَإِنْ كَانَ غَائِبًا فَالْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ.

---

(١) الكافي ٢/٧٨٧.

(٢) الكافي ٢/٧٨٨.

قَالَ الشَّارِحُ: وَيَأْتِي بَعْدَ هَذَا مَا يَشْهَدُ لِهَذَا.

وَ«مَنْ» مَوْصُولَةٌ مُبْتَدَأٌ، وَجُمْلَةُ تَوْكِيلُهُ عَلَى خُصُومَةٍ فِي الْمُبْتَدَأِ، وَالْخَبَرُ صِلَةُ «مَنْ»، وَجُمْلَةُ «فَالطُّولُ لَنْ يُوَهِّنَهْ» خَبَرُ «مَنْ».

وَإِنْ يَكُنْ قَدَّمَ لِلْمُخَاصَمَهْ ... وَتَمَّ مَا أَرَادَ مَعَ مَنْ خَاصَمَهْ

وَرَامَ أَنْ يُنْشِئَ أُخْرَى فَلَهُ ... ذَاكَ إِذَا أَطْلَقَ مَنْ وَكَّلَهُ

وَلَمْ يَجُزْ عَلَيْهِ نِصْفُ عَامِ ... مِنْ زَمَنِ التَّوْكِيلِ لِلْخِصَامِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ قُدِّمَ أَيْ وُكِّلَ عَلَى الْخُصُومَةِ فَخَاصَمَ وَتَمَّ خِصَامُهُ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُنْشِئَ خُصُومَةً أُخْرَى عَنْ مُوَكِّلِهِ الْأَوَّلِ، فَلَهُ ذَلِكَ بِشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ وَكَالَةً مُطْلَقَةً غَيْرَ مُقَيَّدَةٍ بِخُصُومَةٍ بِعَيْنِهَا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «إِذَا أَطْلَقَ مَنْ وَكَّلَهُ».

الثَّانِي: أَنْ لَا يَبْعُدَ مَا بَيْنَ التَّوْكِيلِ وَالْخُصُومَةِ الثَّانِيَةِ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَلَمْ يَجُزْ عَلَيْهِ نِصْفُ عَامِ...» إلَخْ.

قَالَ فِي الْمَقْصِدِ الْمَحْمُودِ: وَإِنْ كَانَتْ الْوَكَالَةُ مُبْهَمَةً، لِلْوَكِيلِ أَنْ يُخَاصِمَ عَنْهُ فِي قَضِيَّةٍ أُخْرَى يُحْدِثَانِ الْقَضِيَّةَ الْأُولَى، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي قَضِيَّةٍ مُفَسَّرَةٍ بِمُطَالَبَةِ فُلَانٍ، وَلَا فِي الْمُبْهَمَةِ إِذَا طَالَ الزَّمَانُ نَحْوَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَأَمَّا إِذَا اتَّصَلَ الْخِصَامُ فِيهَا فَلَهُ التَّكَلُّمُ عَنْهُ وَإِنْ طَالَ الْأَمَدُ. اهـ.

وَسُئِلَ الْإِمَامُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّاطِبِيُّ عَمَّنْ قَامَ وَكَالَةً عَنْ غَائِبٍ بَعْدَ نَحْوِ ثَلَاثِينَ سَنَةً، وَلَمْ يَكُنْ أَشْهَدَ بِقَبُولِ الْوَكَالَةِ، وَقَدْ تَعَلَّقَ الْآنَ لِوَلَدِ الْقَائِمِ بِالْوَكَالَةِ حَقٌّ فِي مَالِ الْغَائِبِ، فَأَجَابَ بِأَنَّ عَدَمَ الْإِشْهَادِ بِقَبُولِ الْوَكَالَةِ مَعَ تَرْكِهِ النَّظَرَ فِيمَا وُكِّلَ عَلَيْهِ الثَّلَاثِينَ سَنَةً وَنَحْوَهَا، مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْهَا وَلَا الْتَفَتَ إِلَى قَبُولِهَا، فَلَا يَصِحُّ الْآنَ الْقِيَامُ بِهَا إِلَّا بِتَجْدِيدِ وَكَالَةٍ أُخْرَى مِنَ الْمُوَكِّلِ الْغَائِبِ، أَوْ يَنْظُرُ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ، فَيُقَدِّمُ لِلنَّظَرِ فِي مَالِ الْغَائِبِ مَنْ يَرْتَضِيهِ، وَلَا حُجَّةَ لَهُ مِنْ دَعْوَى عَدَمِ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ حَتَّى الْآنَ إِذَا كَانَ حَاضِرًا بِالْبَلَدِ الَّذِي وُكِّلَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي مَا لَا يُشْبِهُ؛ وَلِأَنَّهُ يُتَّهَمُ حِينَ تَعَلَّقَ لِابْنِهِ حَقٌّ فِي مَالِ الْغَائِبِ. اهـ.

(فَرْعٌ) مِمَّا يَدْخُلُ فِي الْإِطْلَاقِ فِي التَّوْكِيلِ قِيَامُ الْوَكِيلِ عِنْدَ مَنْ شَاءَ مِنَ الْقُضَاةِ،

بِخِلاَفِ مَا إِذَا خَصَّهُ بِقَاضٍ بِعَيْنِهِ، وَنَصَّ عَلَى ذَلِكَ المُوَثِّقُونَ.

قَالَ ابْنُ فَتُّوحٍ: وَإِذَا وَكَّلَهُ عَلَى الْخِصَامِ عِنْدَ حَاكِمٍ بِعَيْنِهِ قَدْ صَرَّحَ بِاسْمِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ عِنْدَ غَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَكُنِ التَّوْكِيلُ مُجْمَلاً، وَإِذَا كَانَ التَّوْكِيلُ مُجْمَلاً وَلَمْ يُذْكَرْ فِيهِ عِنْدَ حَاكِمٍ كَذَا، فَلَهُ أَنْ يُنَاظِرَ عَنْهُ حَيْثُ شَاءَ. اهـ.

وَمَوْتُ مَنْ وَكَّلَ أَوْ وَكِيلِ ... يَبُتُّ مَا كَانَ مِنَ التَّوْكِيلِ

وَلَيْسَ مَنْ وَكَّلَهُ مُوَكَّلُ ... بِمَوْتِ مَنْ وَكَّلَهُ يَنْعَزِلُ

وَالعَزْلُ لِلْوَكِيلِ وَالمُوَكَّلِ ... مِنْهُ يَحِقُّ بِوَفَاةِ الأَوَّلِ

اشْتَمَلَ كُلُّ بَيْتٍ مِنَ الْأَبْيَاتِ الثَّلاَثَةِ عَلَى مَسْأَلَةٍ، فَمَسْأَلَةُ الْبَيْتِ الْأَوَّلِ هِيَ أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلاً فَمَاتَ المُوَكِّلُ وَالْوَكِيلُ، فَإِنَّ التَّوْكِيلَ يَبْطُلُ بِمَوْتِ المُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ لِغَيْرِهِ مِنَ الْوَرَثَةِ وَلَا إِشْكَالَ فِي بُطْلاَنِهِ بِمَوْتِ الْوَكِيلِ؛ إِذْ لَيْسَتْ الْوَكَالَةُ حَقًّا لِلْوَكِيلِ فَتُورَثُ عَنْهُ.

وَمَسْأَلَةُ الْبَيْتِ الثَّانِي هِيَ أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلاً، فَوَكَّلَ الْوَكِيلُ وَكِيلاً آخَرَ مِنْ تَحْتِهِ لِكَوْنِ المُوَكِّلِ جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ وَكِيلاً مُفَوَّضًا فَمَاتَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ الثَّانِي لَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ وَكِيلٌ عَنِ المُوَكِّلِ أَيْضًا كَالْأَوَّلِ لَا عَنْ الثَّانِي، فَمِنْ قَوْلِهِ: «وَلَيْسَ مَنْ وَكَّلَهُ» وَاقِعَةٌ عَلَى الْوَكِيلِ الثَّانِي، وَ«مَنْ» الثَّانِيَةُ وَاقِعَةٌ عَلَى الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ.

وَمَسْأَلَةُ الْبَيْتِ الثَّالِثِ هِيَ أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلاً، فَوَكَّلَ الْوَكِيلُ وَكِيلاً آخَرَ مِنْ تَحْتِهِ ثُمَّ مَاتَ المُوَكِّلُ، فَإِنَّ الْوَكِيلَيْنِ مَعًا يَنْعَزِلَانِ فَهِيَ كَالثَّانِيَةِ، إِلَّا أَنَّ المَيِّتَ فِي الثَّانِيَةِ هُوَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ وَالمَيِّتُ فِي الثَّالِثَةِ هُوَ المُوَكِّلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَنْ أَمَرَ رَجُلاً يَشْتَرِي لَهُ سِلْعَةً وَلَمْ يَدْفَعْ لَهُ ثَمَنَهَا، أَوْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ وَاشْتَرَاهَا الْوَكِيلُ بَعْدَ مَوْتِ الْآمِرِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ، أَوْ اشْتَرَاهَا ثُمَّ مَاتَ الْآمِرُ؛ فَذَلِكَ لَازِمٌ لِلْوَرَثَةِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ بِمَوْتِ الْآمِرِ، فَلاَ يَلْزَمُ الْوَرَثَةَ ذَلِكَ وَعَلَيْهِ غُرْمُ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ وَكَالَتَهُ قَدْ انْفَسَخَتْ.

وَقَالَهُ مَالِكٌ فِيمَنْ لَهُ وَكِيلٌ بِبَلَدٍ يُجَهِّزُ إِلَيْهِ المَتَاعَ: إِنَّ مَا بَاعَ أَوْ اشْتَرَى بَعْدَ مَوْتِ الْآمِرِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ فَهُوَ لَازِمٌ لِلْوَرَثَةِ، وَمَا بَاعَ أَوْ اشْتَرَى بَعْدَ عِلْمِهِ بِمَوْتِهِ لَمْ يَلْزَمْهُمْ؛

لِأَنَّ وَكَالَتَهُ قَدْ انْفَسَخَتْ[١].

ثُمَّ قَالَ: إِلَّا أَنْ يَمُوتَ عِنْدَمَا أَشْرَفَ الْوَكِيلُ عَلَى تَمَامِ الْخُصُومَةِ، وَبِحَيْثُ لَوْ أَرَادَ الْمَيِّتُ فَسْخَ وَكَالَتِهِ وَيُخَاصِمُ هُوَ أَوْ يُوَكِّلُ غَيْرَهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، فَحِينَئِذٍ لَا تَنْفَسِخُ وَكَالَتُهُ بِمَوْتِ الْآمِرِ، قَالَ: وَمَا كَانَ مِنْ يَمِينٍ يَحْلِفُهَا الْآمِرُ حَلَفَهَا الْوَرَثَةُ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ بَلَغَهُ عِلْمُ ذَلِكَ. اهـ. وَهَذَا فِقْهُ مَوْتِ الْمُوَكِّلِ، وَهُوَ أَحَدُ طَرَفَيْ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

وَقَالَ الْمَازِرِيُّ مَا مَعْنَاهُ: إِذَا وَكَّلَ الْوَكِيلُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَصِحُّ لَهُ التَّوْكِيلُ، ثُمَّ مَاتَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَكِيلَ الثَّانِي لَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الْأَوَّلِ، بِخِلَافِ انْعِزَالِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ بِمَوْتِ مَنْ وَكَّلَهُ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ الْأَوَّلَ إِذَا وَكَّلَ رَجُلاً بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ، فَكَأَنَّ رَبَّ الْمَالِ وَكَّلَهُ وَنَابَ عَنْهُ هُوَ فِي هَذَا، فَيَكُونُ تَصَرُّفُ هَذَا الْوَكِيلِ الثَّانِي فِيمَا يَكُونُ فِيهِ تَصَرُّفَ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ لَازِمًا لِرَبِّ الْمَالِ كَتَصَرُّفِ رَبِّ الْمَالِ نَفْسِهِ. اهـ. وَهَذَا فِقْهُ مَوْتِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ مِنْ الْعُتْبِيَّةِ.

قَالَ يَحْيَى عَنْ ابْنِ وَهْبٍ: وَإِذَا مَاتَ الْوَكِيلُ فَلَيْسَ وَلَدُهُ بِمَثَابَتِهِ. اهـ. وَهَذَا فِقْهُ مَوْتِ الْوَكِيلِ.

وَإِنَّ الْوَكَالَةَ تَنْفَسِخُ أَيْضًا، وَهُوَ الطَّرَفُ الثَّانِي لِلْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَلَمْ يَنْقُلْ الشَّارِحُ عَلَى فَسْخِ وَكَالَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ فِقْهًا صَرِيحًا، وَلَكِنَّهُ ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ فَسْخِهَا بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ؛ إِذْ ظَاهِرُهُ كَانَ الْوَكِيلُ وَاحِدًا أَوْ مُتَعَدِّدًا بِسَبَبِ تَوْكِيلِ الْوَكِيلِ وَكِيلاً آخَرَ مِنْ تَحْتِهِ.

وَمَا لِمَنْ حَضَرَ فِي الْجِدَالِ ... ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ انْعِزَالِ

إِلَّا لِعُذْرِ مَرَضٍ أَوْ لِسَفَرْ ... وَمِثْلُهُ مُوَكِّلٌ ذَاكَ حَضَرْ

اشْتَمَلَ الْبَيْتَانِ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: الْوَكِيلُ إِذَا جَالَسَ خَصْمَهُ عِنْدَ الْقَاضِي ثَلَاثًا فَأَكْثَرَ، فَلَيْسَ لِمُوَكِّلِهِ عَزْلُهُ، وَلَا لَهُ هُوَ أَنْ يَعْزِلَ نَفْسَهُ وَيَنْحَلَّ مِنْ التَّوْكِيلِ، لِمَا يَلْحَقُ خَصْمَهُ فِي ذَلِكَ مِنْ الضَّرَرِ إِلَّا لِعُذْرٍ يَحْدُثُ لِلْوَكِيلِ مِنْ مَرَضٍ أَوْ سَفَرٍ فَيَنْعَزِلَ إِذْ ذَاكَ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ وَشَطْرِ الثَّانِي.

---

(١) التاج والإكليل ٥/٢١٥، ومنح الجليل ٦/٤١٣.

الثَّانِيَةُ: أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ إِذَا قَاعَدَ خَصْمَهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ أَيْ فَأَكْثَرَ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُوَكِّلَ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ أَيْضًا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: وَمِثْلُهُ مُوَكِّلٌ ذَاكَ حَضَرَ وَسَمَّاهُ مُوَكِّلاً - بِالْكَسْرِ - بِاعْتِبَارِ المَآلِ، وَهَذَا مَا لَمْ يَرْضَ المُوَكَّلُ عَلَيْهِ بِعَزْلِ الْوَكِيلِ فِي الْأُولَى وَبِالتَّوْكِيلِ فِي الثَّانِيَةِ فَلَهُ ذَلِكَ.

قَالَ المُتَيْطِيُّ: وَلِلْمُوَكِّلِ عَزْلُ الْوَكِيلِ مَا لَمْ يُنَاشِبْ الْخُصُومَةَ، فَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ قَدْ نَازَعَ خَصْمَهُ وَجَالَسَهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَأَكْثَرَ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَزْلُهُ.

قَالَ: وَفِي المَكَانِ الَّذِي لَا يَكُونُ لِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَهُ عَنْ الْخِصَامِ، لَا يَكُونُ لَهُ هُوَ أَنْ يَنْحَلَّ عَنْهُ إِذَا قَبِلَ الْوَكَالَةَ.

قَالَ: وَإِنْ خَاصَمَ الرَّجُلُ عَنْ نَفْسِهِ وَقَاعَدَ خَصْمَهُ أَيْضًا ثَلَاثَ مَجَالِسَ وَانْعَقَدَتْ المَقَالَاتُ بَيْنَهُمَا، لَمْ يَكُنْ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يُوَكِّلَ خَصْمًا يَتَكَلَّمَ عَنْهُ إِذَا مَنَعَهُ صَاحِبُهُ مِنْ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَمْرَضَ أَوْ يُرِيدَ سَفَرًا، وَيُعَرِّفُ ذَلِكَ وَلَا يُمْنَعُ الْخَصْمَانِ مِنْ السَّفَرِ، وَلَا مَنْ أَرَادَهُ مِنْهُمَا، وَيَكُونُ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ عَنْهُ عِنْدَ ذَلِكَ.

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْقَطَّانُ[1]: وَيَلْزَمُهُ فِي السَّفَرِ الْيَمِينُ أَنَّهُ مَا اسْتَعْمَلَ السَّفَرَ لِيُوَكِّلَ غَيْرَهُ، فَإِنْ نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ لَمْ يُبَحْ لَهُ تَوْكِيلُ غَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ خَصْمُهُ[2].

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ بْنِ الْفَخَّارِ[3]: لَا يَمِينَ عَلَيْهِ. اهـ[4].

«وَمَا» نَافِيَةٌ، وَ«مَنْ» مَوْصُولَةٌ وَاقِعَةٌ عَلَى الْوَكِيلِ، وَجُمْلَةُ «حَضَرْ» صِلَةُ «مَنْ»، وَ«انْعِزَالِ» مُبْتَدَأٌ جُرَّ بِمِنْ الزَّائِدَةِ، وَالْجَارُّ وَالمَجْرُورُ وَهُوَ «لِمَنْ حَضَرَ» خَبَرُ «انْعِزَالِ»،

---

(١) جاء في التاج والإكليل ٥/ ١٨٥، ومواهب الجليل ٧/ ١٦٧، وشرح التحفة للتاودي ١/ ١٥٢ أن القائل هو ابن العطار.

(٢) التاج والإكليل ٥/ ١٨٥، ومواهب الجليل ٧/ ١٦٧.

(٣) محمد بن عمر بن يوسف، أبو عبد الله، ابن الفخار، عالم الأندلس في زمانه، ومن أئمة المالكية بقرطبة، ولد سنة ٣٣٩ هـ، وفي سير أعلان النبلاء نيف وأربعين وثلاث مائة، رحل إلى المشرق فحج وجاور وسكن المدينة المنورة، ثم عاد إلى الأندلس، وفر عن قرطبة عند غلبة البرابر عليها ونذروا دمه، فاستقر في بلنسية إلى أن توفي عن نحو ثمانين عامًا سنة ٤١٩ هـ، له كتب منها: (تقييد على الجمل للزجاجي)، و(اختصار المبسوط) لإسماعيل الدباس، و(التبصرة) رد على ابن أبي زيد في رسالته، و(الرد على أبي عبد الله بن العطار) في وثائقه، وكانت له مذاهب أخذ بها في خاصة نفسه خالف فيها أهل قطره. انظر: الديباج ٢٧١، والوافي بالوفيات ٤/ ٢٤٥، وسير أعلام النبلاء ١٧/ ٣٧٢.

(٤) التاج والإكليل ٥/ ١٨٥، ومواهب الجليل ٧/ ١٦٧.

«مُوَكِّلٌ» بِالْكَسْرِ مُبْتَدأٌ، وَ«ذَاكَ حَضَرَ» صِفَتُهُ وَهُوَ الْمُسَوِّغُ، «وَمِثْلُهُ» خَبَرٌ مُقَدَّمٌ، وَالْإِشَارَةُ لِمُقَاعَدَةِ الْخَصْمِ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ.

وَمَنْ لَهُ مُوَكَّلٌ وَعَزَلَهْ   لِخَصْمِهِ إنْ شَاءَ أَنْ يُوَكِّلَهْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلاً ثُمَّ عَزَلَهُ -حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ-، فَأَرَادَ خَصْمُهُ أَنْ يُوَكِّلَ ذَلِكَ الْوَكِيلَ المَعْزُولَ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَهُ، وَلَا حُجَّةَ لِمَنْ عَزَلَهُ أَنْ يَقُولَ: إنَّهُ قَدْ اطَّلَعَ عَلَى خُصُومَتِي وَعَلِمَ كُنْهَ حُجَّتِي فَلاَ يَتَوَكَّلُ عَلَيَّ.

قَالَ فِي الاِسْتِغْنَاءِ: مَنْ عَزَلَ وَكِيلَهُ فَأَرَادَ خَصْمُهُ تَوْكِيلَهُ فَأَبَى الْأَوَّلُ، وَذَلِكَ لِمَا اطَّلَعَ عَلَيْهِ مِنْ عَوْرَاتِهِ وَوُجُوهِ خُصُومَاتِهِ، فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَلَهُ أَنْ يُوَكِّلَهُ إنْ شَاءَ. اهـ.

وَكُلُّ مَنْ عَلَى مَبِيعٍ وُكِّلاَ   كَانَ لَهُ الْقَبْضُ إذَا مَا أَغْفَلاَ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلاً عَلَى بَيْعِ شَيْءٍ فَبَاعَهُ، فَإِنَّ لِلْوَكِيلِ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِدَفْعِهِ الثَّمَنَ، سَوَاءٌ نَصَّ لَهُ المُوَكِّلُ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ أَوْ لَمْ يَنُصَّ لَهُ عَلَيْهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «إذَا مَا أَغْفَلاَ» فَمَا زَائِدَةٌ، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «إذَا مَا أَغْفَلاَ» أَنَّ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ إذَا نَصَّ عَلَيْهِ مِنْ بَابِ أَوْلَى، وَهُوَ كَذَلِكَ.

قَالَ المُتَيْطِيُّ: وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَنْتَهِيَ مِنْ وَكَالَتِهِ إلَى أَكْثَرَ مِمَّا جَعَلَهُ إلَيْهِ مُوَكِّلُهُ بِإِفْصَاحٍ أَوْ تَبْيِينٍ، إلَّا المَأْمُورَ بِالْبَيْعِ فَلَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ، فَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ الثَّمَنَ ضَمِنَهُ إنْ مَاتَ مُبْتَاعُ ذَلِكَ الشَّيْءِ.

قَالَ ابْنُ فَتُّوحٍ: وَمَنْ وُكِّلَ عَلَى بَيْعِ سِلْعَةٍ وَلَمْ يُوَكَّلْ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ، فَإِنَّ لِلْوَكِيلِ قَبْضُهُ دُونَ تَوْكِيلٍ. اهـ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمِمَّا يُشْبِهُ قَبْضَ ثَمَنِ المَبِيعِ لِلْوَكِيلِ عَلَى الْبَيْعِ، قَبْضُ المَبِيعِ لِلْوَكِيلِ عَلَى الشِّرَاءِ، وَظَاهِرُ إطْلاَقَاتِهِمْ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ: وَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ عَلَى المُطَالَبَةِ بِالثَّمَنِ وَقَبْضِهِ وَقَبْضِ المَبِيعِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ[1].

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: يَعْنِي أَنَّ التَّوْكِيلَ عَلَى المَبِيعِ يَسْتَلْزِمُ أَنْ يَكُونَ لِلْوَكِيلِ المُطَالَبَةُ بِالثَّمَنِ وَقَبْضُ الثَّمَنِ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَ المَبِيعَ وَهُوَ لَمْ يَقْبِضْ ثَمَنَهُ، وَهَذَا مُقَيَّدٌ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٩٨.

بِمَا إِذَا لَمْ تَكُنِ الْعَادَةُ التَّرْكَ، فَقَدْ نَصَّ أَبُو عِمْرَانَ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَتْ الْعَادَةُ فِي الرِّبَاعِ أَنَّ وَكِيلَ الْبَيْعِ لَا يَقْبِضُ الثَّمَنَ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَبْرَأُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ: وَقَبْضُ الْمَبِيعِ. أَيْ: وَالْوَكَالَةُ عَلَى الشِّرَاءِ تَسْتَلْزِمُ قَبْضَ مَا اشْتَرَاهُ، وَتَسْتَلْزِمُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ.

وَلِهَذَا قَالَ ابْنُ الْهِنْدِيِّ: كُلُّ مَنْ نُصَّ لَهُ فِي الْوَكَالَةِ عَلَى شَيْءٍ فَلاَ يَتَعَدَّاهُ إِلَّا هُنَا، وَأَمَّا لَوْ وَكَّلَهُ عَلَى الْبَيْعِ وَصَرَّحَ بِأَنْ لَا يَقْبِضَ الثَّمَنَ؛ فَلاَ يَكُونُ لَهُ الْقَبْضُ.

وَقَوْلُهُ: وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ. يُرِيدُ وَلَمْ يَعْلَمْ الْوَكِيلُ بِالْعَيْبِ قَبْلَ شِرَائِهِ، وَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ، فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ كَانَ لَهُ؛ أَيْ: كَانَ الْمَبِيعُ لِلْوَكِيلِ، وَلَا يَرُدُّهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ يَسِيرًا أَوْ فِي شِرَائِهِ غِبْطَةٌ وَنَظَرٌ، فَيَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ صَحَّ وَآخِرُهُ بِالْمَعْنَى.

وَقَوْلُهُ: «عَلَى مَبِيعٍ». أَيْ: عَلَى بَيْعِ مَبِيعٍ؛ أَيْ: بَيْعِ مَا يُبَاعُ.

وَغَائِبٌ يَنُوبُ فِي الْقِيَامِ ... عَنْهُ أَبٌ وَابْنٌ وَفِي الْخِصَامِ

وَجَائِزٌ إِثْبَاتُ غَيْرِ الْأَجْنَبِي ... لِمَنْ يَغِيبُ وَاخْتِصَامُهُ أَبِي

يَعْنِي أَنَّ الْغَائِبَ إِذَا ظَهَرَ لَهُ حَقٌّ كَظُهُورِ دَابَّةٍ أَوْ عَبْدٍ سُرِقَ لَهُ، أَوْ أُخِذَ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ، أَوْ أُحْدِثَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي دَارِهِ مَثَلاً أَوْ أَرْضِهِ، وَلَمْ يَتْرُكْ وَكِيلاً يَقُومُ بِأُمُورِهِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِأَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ أَنْ يَقُومَ عَنْهُ، وَيُخَاصِمَ عَنْهُ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، فَقَوْلُهُ: «وَفِي الْخِصَامِ» عَطْفٌ عَلَى «الْقِيَامِ».

وَأَمَّا غَيْرُ الْأَبِ وَالِابْنِ، فَإِنْ كَانَ أَجْنَبِيًّا، فَلاَ كَلاَمَ لَهُ، وَلَا يُمَكَّنُ مِنْ الْقِيَامِ، وَلَا مِنْ الْخِصَامِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ أَجْنَبِيٍّ يُمَكَّنُ مِنْ الْقِيَامِ وَالْإِثْبَاتِ، وَلَا يُمَكَّنُ مِنَ الْخِصَامِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

فَظَاهِرُ الْبَيْتَيْنِ أَنَّ هَذَا قَوْلٌ وَاحِدٌ بِالتَّفْصِيلِ بَيْنَ الْقَرِيبِ جِدًّا -وَهُوَ الْأَبُ فِي مَالِ ابْنِهِ وَالِابْنُ فِي مَالِ أَبِيهِ- وَالْقَرِيبِ لِأَحَدٍ، وَبَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ، وَكَذَا قَرَّرَهُ الشَّارِحُ قَائِلاً: الْأَصْلُ أَنْ لَا يَنُوبَ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ إِلَّا بِاسْتِخْلَافِهِ إِيَّاهُ وَاسْتِنَابَتِهِ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُمْ اسْتَثْنَوْا مِنْ ذَلِكَ قِيَامَ الْأَبِ عَنْ ابْنِهِ، وَقِيَامَ الِابْنِ عَنْ أَبِيهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِخْلَافِ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِلْخُصُوصِيَّةِ الَّتِي اقْتَضَتْهَا نِسْبَةُ الْأُبُوَّةِ مِنْ الْبُنُوَّةِ وَنِسْبَةُ الْبُنُوَّةِ مِنْ الْأُبُوَّةِ، فَلِذَلِكَ أُنْزِلَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ مَنْزِلَةَ الْوَكِيلِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ النَّصُّ عَلَى تَوْكِيلِهِ، فَأَبَاحُوا لِكُلِّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِيَامَ عَنْ صَاحِبِهِ، وَلَمَّا كَانَ مَنْ سِوَاهُمَا مِنَ الْأَقَارِبِ لَا تُوجَدُ فِيهِ هَذِهِ الْخُصُوصِيَّةُ، أَبَاحُوا لَهُ إِثْبَاتَ حَقِّ الْغَائِبِ خِيفَةَ ضَيَاعِهِ بِمَوْتِ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ أَوْ بِغَيْبَتِهِ، وَلِكَوْنِهِ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي إِثْبَاتِ حَقِّهِ لَهُ، وَمَنَعُوا مِنَ الْخُصُومَةِ وَمَا أَشْبَهَهَا لِعَدَمِ فَوْتِ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلِاتِّقَاءِ الْمَضَرَّةِ الدَّاخِلَةِ عَلَيْهِ مِنْ قِبَلِ مَنْ يَخْتَصِمُ عَنْهُ مِمَّنْ يُمْكِنُ أَنْ لَا يَكُونَ اسْتَوْفَى حُجَّتَهُ. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

ثُمَّ جَلَبَ الشَّارِحُ كَلَامَ الْعُتْبِيَّةِ وَابْنِ رُشْدٍ قَائِلاً: أَجَازَ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ لِلِابْنِ أَنْ يُخَاصِمَ عَنْ أَبِيهِ الْغَائِبِ فِي رِبَاعِهِ وَحَيَوَانِهِ وَجَمِيعِ مَالِهِ دُونَ الْوَكِيلِ، وَكَذَلِكَ الْأَبُ فِيمَا ادَّعَى لِابْنِهِ.

وَقَالَ فِي الْوَاضِحَةِ: إِنَّ ذَلِكَ فِي الْأَبِ أَبْيَنُ مِنْهُ فِي الِابْنِ، وَلَمْ يُرْوَ ذَلِكَ لِمَنْ سِوَى الْأَبِ وَالِابْنِ مِنَ الْقَرَابَةِ وَالْعَشِيرَةِ، وَيُمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَإِثْبَاتِ الْحَقِّ لَا أَكْثَرَ.

ثُمَّ قَالَ: وَالصَّوَابُ أَنَّ الْأَبَ وَالِابْنَ يُمَكَّنَانِ مِنَ الْإِثْبَاتِ وَالْخُصُومَةِ عَنِ الْغَائِبِ، وَمَنْ عَدَاهُمَا مِنَ الْقَرَابَةِ لَا يُمَكَّنُونَ إِلَّا مِنَ الْإِثْبَاتِ لَا غَيْرُ، وَلَا يُمَكَّنُونَ مِنَ الْخُصُومَةِ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَا يُمَكَّنُ مِنْ شَيْءٍ. اهـ.

وَالَّذِي فِي التَّوْضِيحِ قَبْلَ بَابِ الْعَدَالَةِ مُتَّصِلاً بِهِ: إِذَا قَامَ عَنِ الْغَائِبِ مُحْتَسِبٌ فِي شَيْءٍ تُسُوِّرَ فِيهِ عَلَى الْغَائِبِ، أَوْ أُخِذَ لَهُ، أَوْ فِي عَيْبٍ أُحْدِثَ عَلَيْهِ فِي دَارِهِ أَوْ أَرْضِهِ، فَهَلْ يُمَكِّنُ الْقَاضِي هَذَا الْقَائِمَ مِنْ مُخَاصِمَةِ ذَلِكَ الْمُتَعَدِّي أَمْ لَا؟ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لَا يُمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا الْأَبُ وَالِابْنُ وَمَنْ لَهُ قَرَابَةٌ قَرِيبَةٌ، ثُمَّ إِذَا مَكَّنَهُ مِنَ الْمُخَاصَمَةِ، فَلَا يُخْرِجُ الْمِلْكَ مِنْ يَدِ حَائِزِهِ، وَلَا يُزِيلُ الْعَيْبَ الَّذِي أُحْدِثَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يُقِرَّ بِهِ الْغَائِبُ أَوْ يُقِرَّ أَنَّهُ أُعْلِمَ بِمَا أُحْدِثَ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُ بِذَلِكَ خَوْفًا مِنْ مَوْتِ الشُّهُودِ، ثُمَّ يُنْظَرُ الْغَائِبُ، وَلَوْ أَقَرَّ مَنْ بِيَدِهِ الْعَقَارُ أَوْ غَيْرُهُ أَنَّهُ لِغَائِبٍ أَخْرَجَهُ عَنْهُ وَجَعَلَهُ بِيَدِ ثِقَةٍ، وَيَقْطَعُ الْعَيْبَ إِنِ اعْتَرَفَ بِإِحْدَاثِهِ.

وَثَانِيهَا: أَنَّهُ يُمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ الْقَرِيبُ وَالْأَجْنَبِيُّ. قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ أَيْضًا، وَذَهَبَ سَحْنُونٌ إِلَى أَنَّ الْقَاضِيَ يُوَكِّلُ عَنِ الْغَائِبِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ، وَقَالَهُ أَصْبَغُ.

وَثَالِثُهَا: أَنَّهُ يُمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَلَا يُمَكَّنُ مِنَ الْخُصُومَةِ.

وَرَابِعُهَا: أَنَّهُ لَا يُمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَلَا مِنَ الْخُصُومَةِ إِلَّا بِتَوْكِيلِ الْغَائِبِ. قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَمُطَرِّفٌ فِي الْوَاضِحَةِ.

خَامِسُهَا: أَنَّ الْقَرِيبَ وَالْأَجْنَبِيَّ يُمَكَّنُ مِنَ الْخُصُومَةِ فِي الْعَبْدِ وَالدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ دُونَ تَوْكِيلٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَفُوتُ وَتَحُولُ وَتَغِيبُ، وَلَا يُمَكَّنُ مِنَ الْخُصُومَةِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ إِلَّا الْأَبُ وَالِابْنُ، حَكَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَمُطَرِّفٌ.

وَعَلَى الْقَوْلِ بِالتَّمْكِينِ، فَهَلْ هَذَا فِي الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ، أَوْ فِي الْبَعِيدِ خَاصَّةً؟ قَوْلَانِ: قَالَ سَحْنُونٌ: فِي الْقَرِيبِ الْغَيْبَةِ دُونَ بَعِيدِهَا. وَقِيلَ: فِي الْبَعِيدِ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ وَقَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ. اهـ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَفِي تَمْكِينِ الدَّعْوَى لِغَائِبٍ بِلاَ وَكَالَةٍ تَرَدُّدٌ[1].

(تَنْبِيهٌ): يُسْتَثْنَى مِنْ هَذَا الْخِلَافِ مَسْأَلَتَانِ:

الْأُولَى: مَنْ تَعَلَّقَ بِهِ ضَمَانُ مَالِ الْغَائِبِ الْمُدَّعَى فِيهِ، كَالْمُسْتَعِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، فَإِنَّ لِهَذَا الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ الْمُخَاصَمَةَ وَالدَّعْوَى وَإِثْبَاتُ مِلْكِ الْغَائِبِ وَتَسَلُّمَهُ.

الثَّانِيَةُ: مَنْ أَرَادَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْ ذَلِكَ الْمُدَّعَى فِيهِ شَيْئًا لَهُ فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ الْغَائِبِ وَذَلِكَ الْمُرْتَهِنِ، لَهُ أَنْ يُثْبِتَ مِلْكَ الرَّاهِنِ لِيَبِيعَهُ، وَيَسْتَوْفِيَ مِنْهُ حَقَّهُ. وَزَوْجَةُ الْغَائِبِ وَغُرَمَاؤُهُ يُثْبِتُونَ مَا لَهُ لِيُبَاعَ لَهُمْ وَيَسْتَوْفُوا حَقَّهُمْ. وَمَا عَدَا هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ هُوَ مَحَلُّ الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ. رَاجِعْ الْحَطَّابَ آخِرَ بَابِ الْقَضَاءِ.

(فَرْعٌ) إِذَا ثَبَتَ حَقُّ الْغَائِبِ، فَهَلْ يُوقَفُ حَتَّى يُحَلَّفَ يَمِينَ الِاسْتِظْهَارِ، أَوْ يُسَلَّمَ لِوَكِيلِهِ وَتُؤَخَّرَ الْيَمِينُ حَتَّى يَقْدَمَ فَيَحْلِفَ، أَوْ يَمُوتَ فَتَحْلِفَ وَرَثَتُهُ وَإِنْ نَكِلَ أَوْ نَكَلُوا رَجَعَ عَلَيْهِ؟ ذَكَرَ الْبُرْزُلِيُّ فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ.

قَالَ الْحَطَّابُ: وَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِ الْمُؤَلِّفِ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ: وَإِنْ قَالَ أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ الْغَائِبُ... إِلَخْ. وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَدْتَ الْيَمِينَ عَلَى الْمُوَكِّلِ وَهُوَ غَائِبٌ[2].

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: الَّذِي أَرَاهُ أَنْ يُؤْخَذَ حَمِيلٌ بِالثَّمَنِ مِنَ الَّذِي وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ ابْتِدَاءً إِلَى أَنْ يَكْتُبَ لِلْغَائِبِ الَّذِي رُدَّتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي هُوَ بِهِ فَيَحْلِفُ، وَسَوَاءٌ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ أَوْ بَعِيدَهَا[3]. مِنْ الْحَطَّابِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَذْكُورِ.

---

(١) مختصر خليل ص ٢٢١.

(٢) مواهب الجليل ٨/ ١٦٠.

(٣) مواهب الجليل ٧/ ١٧٩، و٨/ ١٦٠.

فصل في تداعي الموكل والوكيل

وَإِنْ وَكِيلٌ ادَّعَى إِقْبَاضَ مَنْ ... وَكَّلَهُ مَا حَازَ فَهْوَ مُؤْتَمَنْ
مَعَ طُولِ مُدَّةٍ وَإِنْ يَكُنْ مَضَى ... شَهْرٌ يُصَدَّقْ مَعَ يَمِينٍ تُقْتَضَى
وَإِنْ يَكُنْ بِالْفَوْرِ الْإِنْكَارُ لَهُ ... فَالْقَوْلُ مَعَ حَلْفٍ لِمَنْ وَكَّلَهُ

ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ وَالْخَمْسِ بَعْدَهَا حُكْمَ مَا إِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِقَبْضِ مَا وُكِّلَ عَلَى قَبْضِهِ، أَوْ قَبْضِ ثَمَنِ مَا وُكِّلَ عَلَى بَيْعِهِ، وَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ لِمُوَكِّلِهِ مَا قَبَضَ لَهُ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يُعْطِهِ شَيْئًا وَأَنَّهُ بَاقٍ تَحْتَ يَدِ الْوَكِيلِ، فَحَكَى الْمُؤَلِّفُ فِي ذَلِكَ أَرْبَعَةَ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ تَدَاعِيهِمَا بَعْدَ طُولِ الْمُدَّةِ مِنْ زَمَنِ قَبْضِ الْوَكِيلِ كَالْعَامِ وَنَحْوِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَامَ لَهُ شَاهِدَانِ: الْأَمَانَةُ وَطُولُ الْمُدَّةِ، وَإِنْ كَانَ التَّدَاعِي بِالْقُرْبِ كَالشَّهْرِ وَنَحْوِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لَكِنْ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: لِأَنَّ شَهَادَةَ الْأَمَانَةِ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَقِصَرُ الْمُدَّةِ يُوجِبُ لِلْمُوَكِّلِ حَقًّا، فَوَجَبَتْ لَهُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، وَإِنْ كَانَ التَّدَاعِي بِالْقُرْبِ فَلَا قَوْلَ لِلْوَكِيلِ بَلْ لِلْمُوَكِّلِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْوَكِيلِ مُحَقَّقٌ إِمَّا بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ، فَالْوَكِيلُ مُدَّعٍ بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ بَعْدَ ثُبُوتِ عِمَارَتِهَا، وَلَمْ يَقَعْ مِنَ التَّرَاخِي فِي الزَّمَانِ مَا يَشْهَدُ بِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ: قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: وَسَأَلْتُ مُطَرِّفًا عَنِ الرَّجُلِ يُوَكِّلُ عَلَى التَّقَاضِي، أَوْ عَلَى قَبْضِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ عَلَى بَيْعِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ عَلَى الْخُصُومَةِ، أَوِ الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ إِلَيْهِ الَّذِي تُؤْخَذُ مِنْهُ الْبَرَاءَاتُ بِمَا دُفِعَ إِلَيْهِ مِنَ الدُّيُونِ، وَمَا حُكِمَ لَهُ بِاسْمِ صَاحِبِهِ، فَاخْتَلَفَ هَذَا وَالَّذِي وَكَّلَهُ، فَقَالَ الْمُوَكِّلُ: هَاتِ مَا قَبَضْتَ لِي. وَقَالَ: الْوَكِيلُ قَدْ بَرِئْتُ إِلَيْكَ بِهِ. فَقَالَ لِي: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْوَكِيلُ عَلَى هَذِهِ الْأَوْجُهِ الَّتِي ذَكَرْتَ ضَامِنٌ بِمَنْزِلَةِ إِذَا ادَّعَى بِحَضْرَةِ مَا قَبَضَ الْمَالَ أَنَّهُ قَدْ دَفَعَهُ، وَأَنْكَرَ صَاحِبُ حَلَفَ -صَاحِبُ الْحَقِّ- بِاللهِ مَا قَبَضْتُ وَأُغْرِمَهُ الْوَكِيلُ، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ بِحَضْرَةِ ذَلِكَ وَقُرْبِهِ بِالْأَيَّامِ الْيَسِيرَةِ، أَمَّا إِنْ تَبَاعَدَ ذَلِكَ مِثْلَ الشَّهْرِ وَنَحْوِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ فِي الدَّفْعِ بِيَمِينِهِ

يَحْلِفُ وَيُبَرَّأُ، وَإِنْ طَالَ ذَلِكَ جِدًّا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْوَكِيلِ يَمِينٌ، وَكَانَ بَرِيئًا، وَلَمْ يَضُرَّهُ مَا كُتِبَ عَلَيْهِ مِنْ الْبَرَاءَةِ إِلَيْهِ بِذَلِكَ؛ لأَنَّ الْبَرَاءَةَ وَإِنْ كَانَتْ مِنْهُ وَالدَّفْعُ وَإِنْ كَانَ إِلَيْهِ، إِنَّمَا الْبَرَاءَةُ عَلَى الَّذِي وَكَّلَهُ، وَالدَّفْعُ كَأَنَّهُ إِلَيْهِ حِينَ ثَبَتَ أَنَّهُ وَكِيلُهُ وَأَنَّهُ فِي كُلِّ مَا قَبَضَ أَوْ دَفَعَ أَوْ أَقَرَّ أَوْ جَحَدَ بِمَنْزِلَتِهِ كَنَفْسِهِ، فَلاَ إِشْهَادَ وَلَا بَرَاءَةَ عَلَى الْوُكَلَاءِ بِدَفْعِ مَا دَفَعُوا إِلَى الَّذِينَ وَكَّلُوهُمْ بِمَا قَبَضُوا لَهُمْ وَجَرْيِ أَيْدِيهِمْ.

فَقَوْلُهُ: «وَإِنْ وَكِيلٌ» فَاعِلٌ بِفِعْلٍ مَحْذُوفٍ يُفَسِّرُهُ ادَّعَى، وَ«إِقْبَاضٌ» مَصْدَرُ أَقْبَض أُضِيفَ لِلْمَفْعُولِ الْأَوَّلِ وَهُوَ «مَنْ»، وَ«مَا حَازَ» مَفْعُولٌ ثَانٍ، وَفَاعِلُ «حَازَ» لِلْوَكِيلِ، وَجُمْلَةُ «فَهُوَ مُؤْتَمَنْ» جَوَابُ «إِنْ».

وَ«مَعَ» يَتَعَلَّقُ بِمُؤْتَمَنٍ، وَجُمْلَةُ «تُقْتَضَى» صِفَةٌ لِيَمِينٍ، وَ«الْإِنْكَارُ» اسْمٌ «بِالْفَوْرِ» خَبَرُهَا، وَجُمْلَةُ «فَالْقَوْلُ لِمَنْ وَكَّلَهُ» جَوَابُ «إِنْ يَكُنْ»، وَ«مَعْ حَلْفٍ» حَالٌ لِلْقَوْلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقِيلَ إِنَّ الْقَوْلَ لِلْوَكِيلِ ... مَعَ الْيَمِينِ دُونَ مَا تَفْصِيلِ

هَذَا هُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي فِي الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ مُطْلَقًا أَيْ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ بَيْنَ طُولِ الْمُدَّةِ وَقِصَرِهَا، وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ، وَنَصُّ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: وَصَدَقَ فِي الرَّدِّ كَالْمُودَعِ[1]. فَالْأَوْلَى لِلنَّاظِمِ تَقْدِيمُهُ عَلَى قَوْلِ مُطَرِّفٍ الَّذِي بَدَأَ بِهِ.

ابْنُ يُونُسَ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَغَيْرِهَا فِي الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ إِلَيْهِ أَوْ الْمَخْصُوصِ أَوْ الزَّوْجِ: يُوَكَّلُونَ عَلَى قَبْضِ حَقٍّ فَيَدَّعُونَ أَنَّهُمْ قَبَضُوهُ وَدَفَعُوهُ إِلَى مَنْ وَكَّلَهُمْ أَنَّهُمْ مُصَدَّقُونَ فِي ذَلِكَ كُلُّهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ، كَالْمُودَعِ يَقُولُ: رَدَدْتُ الْوَدِيعَةَ وَيُنْكِرُهَا. وَقَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ خِلاَفًا لِمُطَرِّفٍ وَابْنِ حَبِيبٍ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَفِيهَا وَالْوَكِيلُ مَبِيعٌ مُصَدَّقٌ فِي دَفْعِ ثَمَنِهِ لِلآمِرِ.

وَقِيلَ إِنْ أَنْكَرَ بَعْدَ حِينِ ... فَهْوَ مُصَدَّقٌ بِلاَ يَمِينِ

وَإِنْ يَمُرَّ الزَّمَنُ الْقَلِيلُ ... فَمَعْ يَمِينٍ قَوْلُهُ مَقْبُولُ

---

(١) مختصر خليل ص ١٨٢.

وَقِيلَ بَلْ يَخْتَصُّ بِالْمُفَوَّضِ إِلَيْهِ ذَا الْحُكْمُ لِفَرْقٍ مُقْتَضِ

وَمَنْ لَهُ وَكَالَةٌ مُعَيَّنَهْ يَغْرَمُ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَهْ

ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ بَقِيَّةَ الْأَقْوَالِ الْأَرْبَعَةِ، وَهُوَ الثَّالِثُ وَالرَّابِعُ، فَالثَّالِثُ التَّفْصِيلُ أَيْضًا بَيْنَ أَنْ يَطُولَ الزَّمَانُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ بِلاَ يَمِينٍ، وَعَنْ طُولِهِ عَبَّرَ بِالْحِينِ، وَالْحِينُ يُطْلَقُ عَلَى السَّنَةِ، وقَوْله تَعَالَى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَاۗ﴾ [إبراهيم: ٢٥]. وَكَذَا تَقَدَّمَ فِي الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَأَنَّ الْمُرَادَ بِالطُّولِ السَّنَةُ وَنَحْوُهَا، وَبَيَّنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِالْقُرْبِ فَالْقَوْلُ لِلْوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ.

وَبَقِيَ مِنَ التَّقْسِيمِ الْمَذْكُورِ فِي الْقَوْلِ الْأَوَّلِ حُكْمُ مَا إِذَا قَامَ بِالْفَوْرِ، وَلَعَلَّ الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ أَيْضًا لِلْوَكِيلِ، وَكَذَا يَظْهَرُ مِنْ كَلاَمِ بَعْضِ مَنْ شَرَحَهُ، فَإِنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ الْإِنْكَارُ بِحَضْرَةِ ذَلِكَ أَوْ بِقُرْبِهِ بِالْأَيَّامِ الْيَسِيرَةِ صَدَقَ الْوَكِيلُ مِنْ يَمِينِهِ، وَبِهَذَا يَفْتَرِقُ هَذَا الْقَوْلُ مَعَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّ الْأَوَّلَ إِنْ أُقِيمَ فِيهِ بِالْفَوْرِ، فَالْقَوْلُ لِلْمُوَكِّلِ كَمَا تَقَدَّمَ.

الْقَوْلُ الرَّابِعُ: إِنَّ هَذَا الْحُكْمَ الْمَذْكُورَ فِي الْقَوْلِ الثَّالِثِ إِنَّمَا هُوَ فِي الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ إِلَيْهِ، وَأَمَّا الْوَكَالَةُ الَّتِي عَيَّنَ فِيهَا الْآمِرُ الْمُوَكَّلَ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَغْرَمُ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الرَّدِّ لِلْمُوَكِّلِ، وَقَوْلُهُ: «لِفَرْقٍ مُقْتَضٍ».

قَالَ الشَّارِحُ: هُوَ -وَاللهُ أَعْلَمُ- ظُهُورُ الْوُثُوقِ مِنَ الْمُوَكِّلِ بِأَمَانَةِ الْمُفَوَّضِ إِلَيْهِ دُونَ ظُهُورِ ذَلِكَ مِنَ الْمُوَكِّلِ لِلْوَكِيلِ الْمَخْصُوصِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَفِيهَا: وَالْوَكِيلُ عَلَى بَيْعٍ مُصَدَّقٌ فِي دَفْعِ ثَمَنِهِ لِلْآمِرِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينُهُ[١].

ابْن رُشْدٍ: فِي قَبُولِ قَوْلِ الْوَكِيلِ مَعَ حَلِفِهِ أَنَّهُ دَفَعَ لِمُوَكِّلِهِ مَا أَمَرَهُ بِقَبْضِهِ مِنْ مَبِيعٍ أَوْ غَرِيمٍ مُطْلَقًا وَإِنْ كَانَ بَعْدَ شَهْرٍ وَنَحْوِهِ إِنْ طَالَ لَمْ يَحْلِفْ.

ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ بِالْقُرْبِ بِيَسِيرِ الْأَيَّامِ أَحْلَفَهُ، وَإِنْ طَالَ لَمْ يَحْلِفْ.

وَرَابِعُهَا: الْوَكِيلُ عَلَى مُعَيَّنٍ غَارِمٌ مُطْلَقًا، وَالْمُفَوَّضُ إِلَيْهِ يَحْلِفُ فِي الْقُرْبِ لَا فِي الْبُعْدِ لِسَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مَعَهَا، وَرِوَايَةِ مُطَرِّفٍ وَقَوْلِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ مَعَ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَصْبَغَ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «ذَا الْحُكْمُ» «ذَا» اسْمُ إِشَارَةٍ فَاعِلٌ بِـ«يَخْتَصُّ» وَ«الْحُكْمُ» نَعْتٌ لَهُ وَ«بِالْمُفَوَّضِ»

---

(١) منح الجليل ٦/٤٠٢، والتاج والإكليل ٥/٢١٠.

يَتعَلَّقُ بِـ «يَخْتَصُّ» وَكَذَا الْفَرْقُ.

وَقَوْلُهُ: «وَمَنْ لَهُ وَكَالَةٌ مُعَيَّنَهْ...» الْبَيْتَ. هُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: «يَخْتَصُّ بِالْمُفَوَّضِ إِلَيْهِ». وَأَمَّا غَيْرُهُ فَيَغْرَمُ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ.

وَالزَّوْجُ لِلزَّوْجَةِ كَالمُوَكَّلِ فِيمَا مِنَ الْقَبْضِ لِمَا بَاعَتْ يَلِي

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ لِلزَّوْجَةِ كَالْوَكِيلِ، فَإِذَا بَاعَتْ شَيْئًا وَقَبَضَ الزَّوْجُ ثَمَنَهُ أَوْ قَبَضَ لَهَا دَيْنًا، ثُمَّ تَنَازَعَا فَادَّعَتْ أَنَّهُ لَمْ يَدْفَعْ لَهَا مَا قَبَضَ، وَادَّعَى هُوَ أَنَّهُ دَفَعَ لَهَا ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَجْرِي عَلَى الْحُكْمِ الْمُتَقَدِّمِ فِي الْوَكِيلِ، مِنْ كَوْنِ النِّزَاعِ بَعْدَ طُولِ الْمُدَّةِ أَوْ بِالْقُرْبِ أَوْ بِالْفَوْرِ، اجْرِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ فِي مُنْتَخَبِهِ إِثْرَ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ فِي شَرْحِ الْأَبْيَاتِ الثَّلاَثِ: وَكَذَا الزَّوْجُ فِيمَا بَاعَ لاِمْرَأَتِهِ بِإِذْنِهَا إِذَا ادَّعَتْ أَنَّهَا لَمْ تَقْبِضْ ذَلِكَ مِنْهُ، وَادَّعَى أَنَّهُ قَدْ بَرِئَ بِدَفْعِ ذَلِكَ إِلَيْهَا.

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَفِي حَمْلِ الزَّوْجِ فِي بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ لِزَوْجِهِ عَلَى الْوَكَالَةِ وَإِنْ لَمْ تَثْبُتْ أَوْ حَتَّى يَثْبُتَ دَلِيلاً، سَمَاعُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ الْمِدْيَانِ وَسَمَاعِ عَبْدِ الْمَلِكِ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى.

قَالَ الشَّارِحُ: يَظْهَرُ أَنَّ الْوَكَالَةَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ بِالنَّصِّ -وَلَا إِشْكَالَ-، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ بِمُقْتَضَى الْعَادَةِ كَالزَّوْجِ مَعَ زَوْجَتِهِ وَكَالاِبْنِ مَعَ أَبِيهِ، وَهُوَ دَلِيلُ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الزَّوْجَةِ، وَصِحَّةِ الْعَقْدِ عَلَى أُخْتِهِ الْبِكْرِ إِذَا أَجَازَهُ الْأَبُ، وَإِبَاحَةِ الْمُخَاصَمَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْأَبِ وَالاِبْنِ عَنْ صَاحِبِهِ.

وَمَوْتُ زَوْجٍ أَوْ وَكِيلٍ إِنْ عَرَضْ مِنْ غَيْرِ دَفْعِ مَا بِتَحْقِيقٍ قَبَضْ

مِنْ مَالِهِ يَأْخُذُ ذَاكَ قَائِمُ بِالْفَوْرِ وَالْعَكْسُ لِعَكْسٍ لاَزِمُ

يَعْنِي إِذَا قَبَضَ الزَّوْجُ ثَمَنَ مَا بَاعَتْهُ زَوْجَتُهُ أَوْ قَبَضَ دَيْنًا لَهَا عَلَى غَيْرِهِ، أَوْ قَبَضَ الْوَكِيلُ ذَلِكَ مِنْ مُوَكِّلِهِ، ثُمَّ مَاتَ الْقَابِضُ مِنْ زَوْجٍ أَوْ وَكِيلٍ وَلَمْ يُحَقِّقْ بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ مِمَّا قَبَضَ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْتُهُ قَرِيبًا مِنْ قَبْضِهِ لِمَا قَبَضَ أَوْ بَعْدَ الْمُدَّةِ الطَّوِيلَةِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْمُدَّةِ الطَّوِيلَةِ، فَلاَ شَيْءَ لِلزَّوْجَةِ قِبَلَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ، وَلَا لِلْمُوَكِّلِ قِبَلَ وَرَثَةِ الْوَكِيلِ، وَغَايَةُ

مَا تَتَوَجَّهُ عَلَيْهِمْ الْيَمِينُ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ بَقِيَ قِبَلَ مَوْرُوثِهِمْ مِنْ الْحَقِّ الَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ أَوْ الْوَكِيلُ بِالْقُرْبِ، فَيُؤْخَذُ ذَلِكَ مِنْ أَمْوَالِهِمَا إِذَا عُرِفَ الْقَبْضُ وَجُهِلَ الدَّفْعُ، وَالْمَرْأَةُ وَالْمُوَكِّلُ يَدَّعِيَانِ عَدَمَ الدَّفْعِ.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ: قَالَ مُطَرِّفٌ: فَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ وَالْوَكِيلُ بِحِدْثَانِ مَا جَرَى عَلَى أَيْدِيهِمَا مِمَّا ذَكَرْنَاهُ، فَذَلِكَ كُلُّهُ فِي أَمْوَالِهِمَا إِذَا كَانَ قَدْ عُرِفَ الْقَبْضُ وَجُهِلَ الدَّفْعُ، وَالْمَرْأَةُ وَالْمُوَكِّلُ يَدَّعِيَانِ ذَلِكَ، وَمَا كَانَ مِنْ مَوْتِهِمَا بِغَيْرِ حِدْثَانِهِ وَمَا يُمْكِنُ فِيهِ الْمَخْرَجُ وَالْقَضَاءُ وَالدَّفْعُ، فَلاَ شَيْءَ فِي أَمْوَالِهِمَا، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ الدَّفْعُ وَلَمْ يُذْكَرْ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَإِنْ مَاتَ الْوَكِيلُ بِحِدْثَانِ قَبْضِهِ كَانَ فِي مَالِهِ وَبَعْدَهُ مِمَّا يُمْكِنُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَالدَّفْعُ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ. اهـ.

وَسُئِلَ الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ عَنْ امْرَأَةٍ تُوُفِّيَ وَالِدُهَا وَتَوَلَّى زَوْجُهَا قَبْضَ مِيرَاثِهَا مِنْهُ، ثُمَّ تُوُفِّيَ زَوْجُهَا، فَأَثْبَتَتْ أَنَّ مَا قَبَضَ زَوْجُهَا مِنْ مَتْرُوكِ وَالِدِهَا أَدْخَلَهُ فِي مَصَالِحِهِ وَلَمْ يُمَكِّنْهَا مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ؟ فَأَجَابَ: إِذَا ثَبَتَ أَنَّ مَا قَبَضَ لَمْ يُمَكِّنْهَا مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ، فَلاَ إِشْكَالَ، وَإِنْ لَمْ تُثْبِتْ ذَلِكَ وَإِنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِالْقَبْضِ خَاصَّةً، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَبَضَ بِإِذْنِ الزَّوْجَةِ وَمَاتَ بِحِدْثَانِ الْقَبْضِ، فَذَلِكَ لَازِمٌ لِتَرِكَتِهِ بَعْدَ يَمِينِ الْقَضَاءِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِغَيْرِ حِدْثَانِهِ بَلْ بَعْدَ شَهْرٍ وَنَحْوِهِ، فَيُحْمَلُ الْأَمْرُ عَلَى أَنَّهُ قَدْ دَفَعَ مَا قَبَضَ، وَإِنْ كَانَ الْقَبْضُ تَعَدِّيًا مِنْهُ وَتَجَاسُرًا عَلَى مَالِ الزَّوْجَةِ وَتَحَامُلاً، فَذَلِكَ لَازِمٌ لِمَالِهِ وَلِتَرِكَتِهِ بَعْدَ يَمِينِ الْقَضَاءِ. انْتَهَى.

باب الصلح وما يتعلق به

ابْن عَرَفَةَ: الصُّلْحُ انْتِقَالٌ عَنْ حَقٍّ أَوْ دَعْوَى بِعِوَضٍ لِرَفْعِ نِزَاعٍ أَوْ خَوْفِ وُقُوعِهِ[١].

وَقَوْلُ ابْنِ رُشْدٍ: هُوَ قَبْضُ شَيْءٍ عَنْ عِوَضٍ يَدْخُلُ فِيهِ مَحْضُ الْبَيْعِ، وَهُوَ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، وَقَدْ يَعْرِضُ وُجُوبُهُ عِنْدَ تَعْيِينِ مَصْلَحَتِهِ وَحُرْمَتِهِ وَكَرَاهَتِهِ لَا لِاسْتِلْزَامِ مَفْسَدَةٍ وَاجِبَةِ الدَّرْءِ أَوْ رَاجِحَتِهِ[٢].

الرَّصَّاعُ: قَوْلُهُ: عَنْ حَقٍّ أَوْ دَعْوَى. الْأَوَّلُ الصُّلْحُ عَلَى الْإِقْرَارِ، وَالثَّانِي عَلَى الْإِنْكَارِ. وَبِعِوَضٍ: يَتَعَلَّقُ بِانْتِقَالٍ وَخَرَجَ الِانْتِقَالُ بِغَيْرِ عِوَضٍ.

وَقَوْلُهُ: لِرَفْعِ نِزَاعٍ. يَخْرُجُ بِهِ بَيْعُ الدَّيْنِ وَمَا شَابَهَهُ.

وَقَوْلُهُ: أَوْ خَوْفِ وُقُوعِهِ. يَدْخُلُ فِيهِ الصُّلْحُ عَنِ المَحْجُورِ وَمَا شَابَهَهُ[٣].

الصُّلْحُ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ ... لَكِنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْإِطْلَاقِ

وَهُوَ كَمِثْلِ الْبَيْعِ فِي الْإِقْرَارِ ... كَذَاكَ لِلْجُمْهُورِ فِي الْإِنْكَارِ

فَجَائِزٌ فِي الْبَيْعِ جَازَ مُطْلَقَا ... فِيهِ وَمَا اتُّقِيَ بَيْعًا يُتَّقَى

كَالصُّلْحِ بِالْفِضَّةِ أَوْ بِالذَّهَبِ ... تَفَاضُلاً أَوْ بِتَأَخُّرٍ أُبِي

أَخْبَرَ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ، وَأَنَّ جَوَازَهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ.

التَّوْضِيحُ: الصُّلْحُ مَأْخُوذٌ مِنْ صَلَحَ الشَّيْءُ -بِفَتْحِ اللَّامِ وَضَمِّهَا- إِذَا كَمُلَ وَهُوَ خِلَافُ الْفَسَادِ، وَالصُّلْحُ يُذَكَّرُ وَيُؤَنَّثُ، وَقَدِ اصْطَلَحَا وَاصَّالَحَا وَتَصَالَحَا. وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ وَحَسَّنَهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»[٤]. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

---

(١) منح الجليل ٦/ ١٣٥، والتاج والإكليل ٥/ ٨١، ومواهب الجليل ٧/ ٣.

(٢) منح الجليل ٦/ ١٣٥، والتاج والإكليل ٥/ ٨١.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ٢/ ١٤٦.

(٤) سنن الترمذي (كتاب: الأحكام عن رسول الله/باب: ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس/حديث رقم: ١٣٥٢)، وسنن أبي داود (كتاب: الأقضية/باب: في الصلح/حديث رقم: ٣٥٩٤).

وَالْمُرَادُ بِالْجَائِزِ -وَاللهُ أَعْلَمُ- الْجَوَازُ الْأَعَمُّ الشَّامِلُ لِلْوَاجِبِ وَالْمَنْدُوبِ وَالْمُبَاحِ وَالْمَكْرُوهِ، وَقَوْلُهُ: «لَكِنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْإِطْلَاقِ». أَيْ: لَكِنَّ جَوَازَهُ لَيْسَ عَلَى الْإِطْلَاقِ؛ أَيْ فِي كُلِّ صُورَةٍ صُورَةٌ، وَفِي وَجْهٍ وَجْهٌ، بَلْ هُوَ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَمِنْهُ مَا هُوَ غَيْرُ جَائِزٍ، ثُمَّ بَيَّنَ وَجْهَ ذَلِكَ، وَهُوَ أَنَّ الصُّلْحَ كَالْبَيْعِ، وَالْبَيْعُ مِنْهُ مَا هُوَ جَائِزٌ، وَمِنْهُ مَا هُوَ مَمْنُوعٌ، فَكَذَلِكَ الصُّلْحُ، فَلِذَلِكَ أَتَى بِالْفَاءِ فِي قَوْلِهِ: «فَجَائِزٌ» أَيْ: فَمَا جَازَ فِي الْبَيْعِ جَازَ فِي الصُّلْحِ، وَمَا امْتَنَعَ فِي الْبَيْعِ امْتَنَعَ فِي الصُّلْحِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَهُوَ كَمِثْلِ الْبَيْعِ...» الْبَيْتَيْنِ.

فَقَوْلُهُ: «جَازَ» فِيهِ -أَيْ فِي الصُّلْحِ-، وَ«مَا اتُّقِيَ بَيْعًا» أَيْ: فِي الْبَيْعِ يُتَّقَى فِي الصُّلْحِ، وَالْكَافُ الدَّاخِلَةُ عَلَى «مِثْلِ» زَائِدَةٌ عَلَى حَدِّ ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِۦ شَيْءٌ﴾ [الشورى: ١١] وَكَوْنُ الصُّلْحِ كَالْبَيْعِ فِيمَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ، وَهُوَ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَلَى الْإِقْرَارِ، وَأَمَّا عَلَى الْإِنْكَارِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْجُمْهُورِ خِلَافًا لِأَشْهَبَ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَهُوَ كَمِثْلِ الْبَيْعِ...» الْبَيْتَ.

وَقَوْلُهُ: «كَالصُّلْحِ بِالْفِضَّةِ أَوْ بِالذَّهَبِ...» الْبَيْتَ هُوَ تَمْثِيلٌ لِبَعْضِ مَا شَمِلَهُ قَوْلُهُ: «وَمَا اتُّقِيَ بَيْعًا يُتَّقَى» وَ«أُبِي» بِضَمِّ الْهَمْزَةِ وَكَسْرِ الْبَاءِ مَبْنِيًّا لِلنَّائِبِ؛ أَيْ أَبَاهُ الْفُقَهَاءُ وَمَنَعُوهُ، وَكَأَنَّهُ تَأْكِيدٌ لِقَوْلِهِ: «وَمَا اتُّقِيَ بَيْعًا يُتَّقَى».

قَالَ فِي الْمُفِيدِ: وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِ الصُّلْحِ عَلَى الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ إِذَا كَانَ عَلَى طَوْعٍ مِنَ الْمُتَصَالِحَيْنِ لَا يَدْخُلُهُ إِكْرَاهٌ، وَالصُّلْحُ كَالْبَيْعِ فَمَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ جَازَ فِي الصُّلْحِ، وَمَا امْتَنَعَ فِي الْبَيْعِ امْتَنَعَ فِي الصُّلْحِ. اهـ.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ: الصُّلْحُ مُعَاوَضَةٌ كَالْبَيْعِ وَإِبْرَاءٌ وَإِسْقَاطٌ(١).

التَّوْضِيحُ: عَنْ ابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ: الْمُعَاوَضَةُ أَخْذُ مَا يُخَالِفُ الشَّيْءَ الْمُدَّعَى فِيهِ، إِمَّا فِي الْجِنْسِ أَوْ فِي الصِّفَةِ، وَالْإِبْرَاءُ إِسْقَاطُ بَعْضِ مَا فِي الذِّمَّةِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى فِيهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَالْإِسْقَاطُ وَضْعُ بَعْضِ الْمُدَّعَى فِيهِ الْمُعَيَّنِ كَدَارٍ أُخِذَ بَعْضُهَا. اهـ.

وَذُكِرَ فِي كَلَامِ ابْنِ الْحَاجِبِ هَذِهِ احْتِمَالَاتٌ أُخَرُ.

وَفِي الْجَوَاهِرِ: الصُّلْحُ عَنْ الدَّيْنِ كَبَيْعِ الدَّيْنِ، وَإِنْ صَالَحَ عَنْ بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ مِنَ الْبَعْضِ، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ إِلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ أَقَلَّ جَازَ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهُ، وَإِنْ

(١) جامع الأمهات ص ٣٨٨.

صَالَحَ عَنْ مُؤَجَّلٍ عَلَى حَالٍّ بَعْضِهِ وَإِسْقَاطِ بَعْضِهِ لَمْ يَجُزْ، وَبِالْجُمْلَةِ فَهَذَا الْقِسْمُ مِنَ الصُّلْحِ بَيْعٌ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْبَيْعِ فِي الْمُعَيَّنِ كَانَ أَوْ فِي الدَّيْنِ، وَيُقَدَّرُ الْمُدَّعَى بِهِ وَالْمَقْبُوضُ كَالْعِوَضَيْنِ فِيمَا يَجُوزُ بَيْنَهُمَا وَمَا يُمْنَعُ، وَتَمْنَعُ الْجَهَالَةُ وَالْغَرَرُ وَوَاحِدٌ بِاثْنَيْنِ مِنْ جِنْسٍ إِلَى أَجَلٍ، وَالْوَضْعُ عَلَى التَّعْجِيلِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يُشْبِهُهُ. اهـ.

وَهَذَا كُلُّهُ مُنْدَرِجٌ فِي قَوْلِهِ: «فَجَائِزٌ فِي الْبَيْعِ...» الْبَيْتُ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «كَالصُّلْحِ بِالْفِضَّةِ». إِلَى أَنَّهُ كَمَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَبِيعَ فِضَّةً مَصُوغَةً بِفِضَّةٍ مَسْكُوكَةٍ أَكْثَرَ مِنْهَا، أَوْ ذَهَبٍ مَسْكُوكًا بِذَهَبٍ مَصُوغٍ أَكْثَرَ مِنْهُ، فَكَذَلِكَ يَمْتَنِعُ الصُّلْحُ عَنْ أَحَدِهِمَا بِجِنْسِهِ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ، وَلَوْ يَدًا بِيَدٍ لِفَوَاتِ الْمُمَاثَلَةِ الْمُشْتَرَطَةِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ، وَكَذَلِكَ يَمْتَنِعُ الصُّلْحُ عَنْ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ كَذَهَبٍ بِفِضَّةٍ، وَبِالْعَكْسِ نَسِيئَةً، وَلَوْ مِثْلاً بِمِثْلٍ لِفَوَاتِ الْمُنَاجَزَةِ، وَأَمَّا أَخْذُ الْفِضَّةِ عَنْ فِضَّةٍ قَدْرِهَا، أَوْ ذَهَبٍ عَنْ ذَهَبٍ قَدْرِهِ وَلَوْ نَسِيئَةً فَجَائِزٌ؛ لِأَنَّ هَذَا اقْتِضَاءُ دَيْنٍ لَا صُلْحٌ، فَقَوْلُهُ: «كَالصُّلْحِ بِالْفِضَّةِ». أَيْ عَنْ الْفِضَّةِ أَيْضًا، لَكِنْ تَفَاضُلاً، وَقَوْلُهُ: «أَوْ بِالذَّهَبِ». أَيْ عَنْ الذَّهَبِ أَيْضًا مُتَفَاضِلاً.

قَوْلُهُ: «أَوْ بِتَأَخُّرٍ». أَيْ: الصُّلْحُ عَنْ الْفِضَّةِ بِالذَّهَبِ، أَوْ الْعَكْسِ مِنْ غَيْرِ يَدٍ بِيَدٍ، وَكَذَا الصُّلْحُ عَنْ أَحَدِهِمَا بِجِنْسِهِ غَيْرِ يَدٍ بِيَدٍ، لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ مِنْ الدَّيْنِ.

وَقَدْ نَقَلَ الْمَوَّاقُ فِي قَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَجَازَ عَنْ دَيْنٍ بِمَا يُبَاعُ بِهِ[1]. فُرُوعًا خَمْسَةً عَنْ ابْنِ يُونُسَ فِي بَيْعِ الدَّيْنِ، وَقَدْ نَقَلْنَا عَنْهُ فِي فَصْلِ بَيْعِ الدَّيْنِ، فَلِذَلِكَ لَمْ نُعِدْهُ هُنَا.

ابْنُ الْحَاجِبِ: الصُّلْحُ عَنْ الدَّيْنِ كَبَيْعِ الدَّيْنِ، وَيُقَدَّرُ الدَّيْنُ وَالْمَقْبُوضُ كَالْعِوَضَيْنِ فَيُعْتَبَرُ: ضَعْ وَتَعَجَّلْ، وَحُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ، وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ[2].

التَّوْضِيحُ: عُطِفَ قَوْلُهُ: فَيُعْتَبَرُ ضَعْ. بِالْفَاءِ؛ لِأَنَّهُ كَالنَّتِيجَةِ عَمَّا قَبْلَهُ، وَ«ضَعْ وَتَعَجَّلْ» يَكُونُ فِي الْعَيْنِ وَغَيْرِهِ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، أَوْ عَشَرَةِ أَثْوَابٍ إِلَى شَهْرٍ فَأَقَرَّ بِذَلِكَ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى ثَمَانِيَةٍ نَقْدًا، «وَحُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ» إِنَّمَا يَكُونُ فِي غَيْرِ الْعَيْنِ، كَمَا ادَّعَى عَلَيْهِ بِعَشَرَةِ أَثْوَابٍ إِلَى شَهْرٍ، فَصَالَحَهُ عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ نَقْدًا، وَإِنْ صَالَحَهُ عِنَبًا بِدَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ، أَوْ دَرَاهِمَ مُؤَجَّلَةٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ. وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ. وَكَذَلِكَ يُعْتَبَرُ الصَّرْفُ الْمُؤَخَّرُ كَمَا لَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ بِدَرَاهِمَ، أَوْ

---

(١) مختصر خليل ص ١٧٤.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٨٨.

بِالْعَكْسِ، وَكَذَلِكَ يُعْتَبَرُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، فَلاَ يَجُوزُ لِمَنْ ادَّعَى بِطَعَامٍ مِنْ بَيْعٍ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهُ بِغَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ مَا يُصَالِحُ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا لَمْ يَجُزْ، وَلِذَلِكَ اشْتَرَطَ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي صُلْحِ الْوَلَدِ لِلزَّوْجَةِ عَلَى إِرْثِهَا مَعْرِفَتَهَا لِجَمِيعِ التَّرِكَةِ، وَحُضُورَ أَصْنَافِهَا، وَحُضُورَ مَنْ عَلَيْهِ الْعَرْضُ، وَإِقْرَارَهُ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ. وَكَانَ الْمُصَنِّفُ عَبَّرَ بِالْمَوَانِعِ الثَّلاَثَةِ عَلَى مَا عَدَاهَا. اهـ.

وَقَدْ جَمَعَ بَعْضُ الشُّيُوخِ هَذِهِ الْمَوَانِعَ الَّتِي تُتَّقَى فِي بَيْعِ الدَّيْنِ بِقَوْلِهِ:

جَهْلاً وَفَسْخًا وَنَسَا وَحُطَّ ضَعْ ... وَالْبَيْعُ قَبْلَ الْقَبْضِ إِنْ صَالَحْتَ دَعْ

أَيْ إِنْ صَالَحْتَ فَدَعْ -أَيْ أُتْرُكْ- الْجَهْلَ وَمَا عُطِفَ عَلَيْهِ، وَهُوَ فَسْخُ الدَّيْنِ فِي الدَّيْنِ، وَرِبَا النَّسَاءِ؛ أَيْ التَّأَخُّرِ فِي الصَّرْفِ مَثَلاً، وَحُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ وَضَعْ وَتَعَجَّلْ، وَبَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ فَرْعَانِ:

الْأَوَّلُ: اُخْتُلِفَ فِي الصُّلْحِ عَنْ تَرْكِ الْقِيَامِ بِالْعَيْبِ، فَابْنُ الْقَاسِمِ يَرَى أَنَّهُ مُبَايَعَةٌ بَعْدَ فَسْخِ الْأَوَّلِ، يُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ مِنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ وَفَسْخِ دَيْنٍ، وَأَشْهَبُ يَرَى الْبَيْعَ الْأَوَّلَ بَاقِيًا، وَهَذَا عِوَضٌ عَنْ الْإِسْقَاطِ، فَيُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ مِنْ سَلَفٍ جَرَّ مَنْفَعَةً وَفَسْخِ دَيْنٍ. أُنْظُرْ مَا يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي ابْنِ الْحَاجِبِ فِي التَّوْضِيحِ أَوَّلَ بَابِ الصُّلْحِ.

الثَّانِي: مَا تَقَدَّمَ مِنْ جَوَازِ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ هُوَ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَإِلَّا فَلِجَوَازِهِ شُرُوطُهُ، فَشُرُوطُهُ عِنْدَ مَالِكٍ ثَلاَثَةٌ: وَهُوَ أَنْ يَجُوزَ عَلَى دَعْوَى الْمُدَّعِي، وَعَلَى إِنْكَارِ الْمُنْكِرِ، وَعَلَى ظَاهِرِ الْحُكْمِ، وَابْنُ الْقَاسِمِ يَشْتَرِطُ الْأَوَّلَيْنِ فَقَطْ، وَأَصْبَغُ يَشْتَرِطُ شَرْطًا وَاحِدًا: وَهُوَ أَنْ لَا تَتَّفِقَ دَعْوَاهُمَا عَلَى فَسَادٍ. أُنْظُرْ بَيَانَ ذَلِكَ فِي التَّوْضِيحِ.

وَالصُّلْحُ بِالْمَطْعُومِ فِي الْمَطْعُومِ ... نَسِيئَةً رُدَّ عَلَى الْعُمُومِ

وَالْوَضْعُ مِنْ دَيْنٍ عَلَى التَّعْجِيلِ ... أَوْ الْمَزِيدُ فِيهِ لِلتَّأْجِيلِ

وَالْجَمْعُ فِي الصُّلْحِ لِبَيْعٍ وَسَلَفْ ... وَمَا أَبَانَ غَرَرًا بِذَا اتَّصَفْ

وَالصُّلْحُ بِالْمَطْعُومِ قَبْلَ الْقَبْضِ ... مِنْ ذِمَّةٍ فَذَاكَ غَيْرُ مَرْضِي

وَإِنْ يَكُنْ يَقْبِضُ مِنْ أَمَانَهْ ... فَحَالَةُ الْجَوَازِ مُسْتَبَانَهْ

جَمِيعُ مَا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ الْأَبْيَاتُ الْخَمْسُ، هُوَ مِمَّا انْدَرَجَ فِي قَوْلِهِ: «قَبْلُ» وَهُوَ كَمِثْلِ الْبَيْعِ، إِلَى أَنْ قَالَ: فَجَائِزٌ فِي الْبَيْعِ جَازَ مُطْلَقَا فِيهِ، وَمَا اتُّقِيَ بَيْعًا يُتَّقَى. وَقَدْ اشْتَمَلَتْ عَلَى مَسَائِلَ:

الْأُولَى: مَنْ لَك عَلَيْهِ طَعَامٌ مِنْ قَرْضٍ أَوْ وَدِيعَةٍ أَوْ هِبَةٍ فَصَالَحْتَهُ بِطَعَامٍ آخَرَ إِلَى أَجَلٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ إِلَى أَجَلٍ، وَفَسْخُ دَيْنٍ فِي دِينٍ، وَأَمَّا لَوْ كَانَ الطَّعَامُ الَّذِي لَكَ عَلَى الْغَرِيمِ مِنْ بَيْعٍ، فَلاَ يَجُوزُ أَنْ تَأْخُذَ عَنْهُ غَيْرَهُ، لَا طَعَامًا وَلَا غَيْرَهُ لَا نَقْدًا وَلَا إِلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَفَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ فِي مُنْتَخَبِهِ: قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: وَسَأَلْتُ مُطَرِّفًا وَابْنَ الْمَاجِشُونِ عَنْ الصُّلْحِ يَقَعُ بِمَا لَا يَجُوزُ التَّبَايُعُ بِهِ، مِثْلُ الرَّجُلِ يَدَّعِي عَلَى الرَّجُلِ شَعِيرًا فَيُصَالِحَهُ بِقَمْحٍ إِلَى أَجَلٍ، فَقَالَ: لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ بِمَا ذَكَرْتَ؛ لِأَنَّهُ حَرَامٌ صُرَاحٌ، وَالصُّلْحُ بِهِ مَفْسُوخٌ إِنْ عُثِرَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَفُوتَ، فَإِنْ فَاتَ قَبْلَ الْفَسْخِ صُحِّحَ بِالْقِيمَةِ عَلَى قَابِضِهِ، كَمَا يُصَحَّحُ الْبَيْعُ الْحَرَامُ إذَا فَاتَ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ فِي دَعْوَاهُ الْأُولَى، إِلَّا أَنْ يَصْطَلِحَا صُلْحًا آخَرَ بِمَا يَجُوزُ بِهِ الصُّلْحُ. اهـ.

وَمَفْهُومُ قَوْلِ ابْنِ أَبِي زَمَنِينَ: فَصَالَحَهُ بِقَمْحٍ إِلَى أَجَلٍ. أَنَّهُ لَوْ صَالَحَهُ بِقَمْحٍ عَجَّلَهُ لَهُ جَازَ وَهُوَ كَذَلِكَ، لَكِنْ إِنْ كَانَ كَمِثْلِ الشَّعِيرِ فِي الْكَيْلِ، وَهَذَا أَيْضًا إِذَا كَانَ الشَّعِيرُ تَرَتَّبَ مِنْ قَرْضٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ وَدِيعَةٍ أَوْ نَحْوِهَا، وَأَمَّا إِنْ تَرَتَّبَ مِنْ شِرَاءٍ، فَإِنْ قُلْنَا الْمُخَالَفَةُ فِي الصِّنْفِ كَالْمُخَالَفَةِ فِي الْجِنْسِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ كَالْمُخَالِفِ فِي الْجِنْسِ جَازَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَتَذَكَّرْ قَوْلَهُ فِي بُيُوعِ الْآجَالِ: وَهَلْ غَيْرُ صِنْفِ طَعَامِهِ كَقَمْحٍ وَشَعِيرٍ مُخَالِفٌ، أَوْ لَا تَرَدُّدٌ؟ وَإِلَى هَذَا الْفَرْعِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ فَقَوْلُهُ: «نَسِيئَةً» حَالٌ مِنْ الْمَطْعُومِ الْأَوَّلِ، وَفِي الدَّاخِلَةُ عَلَى الْمَطْعُومِ الثَّانِي بِمَعْنَى «عَنْ»، وَجُمْلَةُ رُدَّ خَبَرُ الصُّلْحِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: «عَلَى الْعُمُومِ» أَيْ: سَوَاءٌ كَانَ مِنْ جِنْسَيْنِ، كَفَوْلٍ مُؤَخَّرٍ عَنْ قَمْحٍ أَوْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مُخْتَلِفِ الصِّنْفِ مُتَّفِقِ الْقَدْرِ، كَقَمْحٍ مُؤَخَّرٍ عَنْ شَعِيرٍ، أَوْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَصِنْفٍ وَاحِدٍ، كَقَمْحٍ مُؤَخَّرٍ عَنْ قَمْحٍ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ، فَهَذِهِ الْوُجُوهُ مَمْنُوعَةٌ فِي الْبَيْعِ، فَتُمْنَعُ فِي الصُّلْحِ أَيْضًا، فَالْمَنْعُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لِلنَّسَاءِ فَقَطْ، وَفِي الثَّالِثِ لِلْفَضْلِ وَالنَّسَاءِ مَعًا، وَأَمَّا أَخْذُ قَمْحٍ مَثَلاً مُؤَخَّرٍ عَنْ قَمْحٍ مُمَاثِلٍ لِلْأَوَّلِ فِي الصِّفَةِ وَالْقَدْرِ، فَلَيْسَ بِصُلْحٍ، وَإِنَّمَا هُوَ

اقْتِضَاءٌ بَعْدَ تَأْجِيلٍ.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: الْوَضْعُ مِنْ الدَّيْنِ عَلَى تَعْجِيلِهِ، كَأَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ عَشَرَةً إلَى شَهْرٍ، فَيَقُولُ: أَعْطِنِي ثَمَانِيَةً نَقْدًا. فَهَذَا مَمْنُوعٌ فِي الْبَيْعِ، وَكَذَلِكَ فِي الصُّلْحِ، وَلَعَلَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إلَّا فِي تَسْمِيَتِهِ بَيْعًا أَوْ صُلْحًا، وَوَجْهُ مَنْعِهِ أَنَّ مَنْ عَجَّلَ مَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ يُعَدُّ مُسَلِّفًا، فَقَدْ سَلَّفَ الْآنَ ثَمَانِيَةً لِيَقْتَضِيَ مِنْ نَفْسِهِ عَشَرَةً عِنْدَ الْأَجَلِ، فَهُوَ سَلَفٌ جَرَّ نَفْعًا، وَكَذَلِكَ تَأْخِيرُ الدَّيْنِ لِلزِّيَادَةِ فِيهِ، كَمَنْ كَانَ لَكَ عَلَيْهِ عَشَرَةٌ حَلَّتْ، فَأَخَّرْتَهُ شَهْرًا مَثَلاً لِيُعْطِيَكَ أَحَدَ عَشَرَ؛ لِأَنَّ مَنْ أَخَّرَ مَا وَجَبَ لَهُ عُدَّ مُسَلِّفًا، فَقَدْ سَلَّفَ لِيَنْتَفِعَ، وَإِلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالْوَضْعُ مِنْ دَيْنٍ...» الْبَيْتَ.

قَالَ فِي المُفِيدِ: وَالَّذِي لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ فِيهِ الرَّجُلُ يَكُونُ لَهُ قِبَلَ الرَّجُلِ حَقٌّ إلَى أَجَلٍ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ بَعْضَهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْأَجَلِ، وَيَحُطَّ عَنْهُ بَعْضَهُ فَهَذَا لَا يَجُوزُ.

وَفِي الرِّسَالَةِ: وَكَانَ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ فِي الدُّيُونِ إمَّا أَنْ يَقْضِيَهُ وَإِمَّا أَنْ يُرْبِيَ لَهُ فِيهِ[١]. ثُمَّ قَالَ: وَلَا تَجُوزُ الْوَضِيعَةُ مِنْ الدَّيْنِ عَلَى تَعْجِيلِهِ، وَلَا التَّأْخِيرُ بِهِ عَلَى الزِّيَادَةِ فِيهِ[٢]. وَإِلَى هَذَا الْفَرْعِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

المَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: الْجَمْعُ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالسَّلَفِ، فَكَمَا يَمْتَنِعُ فِي بَابِ الْبُيُوعِ يَمْتَنِعُ فِي بَابِ الصُّلْحِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمِثَالُ الْبَيْعِ وَالسَّلَفِ فِي الصُّلْحِ أَنْ يَكُونَ لِلْغَرِيمِ قِبَلَ غَرِيمِهِ دِينَارٌ، وَهُوَ لَهُ مُنْكِرٌ أَوْ بِهِ مُقِرٌّ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ عَرَضًا بِنِصْفِ دِينَارٍ، وَيُؤَخِّرَهُ بِالنِّصْفِ الْبَاقِي إلَى أَجَلٍ، فَقَدْ اجْتَمَعَ الْبَيْعُ وَالسَّلَفُ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ مَبِيعٌ بِنِصْفِ دِينَارٍ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ مِنْ الدِّينَارِ سَلَفٌ إلَى الْأَجَلِ الَّذِي أَخَّرَهُ إلَيْهِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: وَالْجَمْعُ فِي الصُّلْحِ لِبَيْعٍ وَسَلَفْ.

المَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: الصُّلْحُ بِمَا فِيهِ غَرَرٌ، كَالْعَبْدِ الْآبِقِ، وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ، فَكَمَا يَمْتَنِعُ بَيْعُ ذَلِكَ يَمْتَنِعُ الصُّلْحُ بِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: وَمَا أَبَانَ غَرَرًا بِذَا اتَّصَفْ.

المَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ: أَنْ يُصَالِحَ عَنْ دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ بِطَعَامٍ لَمْ يَقْبِضْهُ مِنْ ذِمَّةِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ، فَكَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ بِهِ، وَأَمَّا إنْ كَانَ

---

(١) رسالة القيرواني ص ١٠٢.

(٢) رسالة القيرواني ص ١٠٥.

الطَّعَامُ المُصَالَحُ بِهِ مِنْ قَرْضٍ أَوْ هِبَةٍ وَنَحْوِهِمَا؛ فَيَجُوزُ الصُّلْحُ بِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ.

قَالَ فِي المُقَرَّبِ: فِي بَابِ مَا يَجُوزُ مِنْ مُصَالحَةِ الْوَرَثَةِ لِزَوْجِ المُتَوَفَّى، وَمَا لَا يَجُوزُ مَا نَصُّهُ: قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الطَّعَامُ مِنْ سَلَمٍ فَقَالَ: لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحُوهَا -يَعْنِي الزَّوْجَةَ- بِشَيْءٍ، عَلَى أَنْ يَكُونَ الطَّعَامُ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَام قَبْلَ قَبْضِهِ، وَفِيهِ فِي جَامِعِ الصُّلْحِ. قُلْتُ: فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ إِرْدَبُّ حِنْطَةٍ وَعَشَرَةُ دَرَاهِمَ، فَصَالحَهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا أَيَجُوزُ هَذَا؟ قَالَ: نَعَمْ، إِذَا كَانَ الطَّعَامُ مِنْ قَرْضٍ. اهـ. وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالصُّلْحُ بِالمَطْعُوم قَبْلَ القَبْضِ...» الْبَيْتَيْنِ.

وَقَوْلُهُ: «مِنْ أَمَانَهْ» هُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُوم قَوْلِهِ: «مِنْ ذِمَّةٍ»، «وَالْوَضْعُ» مُبْتَدَأٌ، وَ«المَزِيدُ» «وَالجَمْعُ» «وَمَا أَبَانَ» مَعْطُوفَاتٌ عَلَيْهِ، وَجُمْلَةُ «اتَّصَفَ بِذَا» خَبَرُ الْوَضْعِ، وَمَا عُطِفَ عَلَيْهِ، وَالْإِشَارَةُ «بِذَا» لِرَدِّ الصُّلْحِ المُتَقَدِّمِ فِي قَوْلِهِ: «رُدَّ عَلَى الْعُمُومِ».

فصل

وَلِلأَبِ الصُّلْحُ عَلَى المَحْجُورِ ... وَلَوْ بِدُونِ حَقِّهِ المَأْثُورِ

إنْ خَشِيَ الْفَوْتَ عَلَى جَمِيعِ مَا ... هُوَ بِهِ يَطْلُبُ مَنْ قَدْ خَصَمَا

وَالْبِكْرُ وَحْدَهَا تُخَصُّ هَاهُنَا ... بِعَفْوِهِ عَنْ مَهْرِهَا قَبْلَ الْبِنَا

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلأَبِ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ وَلَدِهِ المَحْجُورِ، ذَكَرًا كَانَ الْوَلَدُ أَوْ أُنْثَى، بِحَقِّهِ الْوَاجِبِ لَهُ فَأَكْثَرَ -وَلَا إِشْكَالَ-، كَأَنْ يَكُونَ لِوَلَدِهِ عَرَضٌ عَلَى مَدِينٍ، فَيُصَالِحُهُ الْأَبُ عَلَى عَرَضٍ آخَرَ، يُسَاوِي قِيمَةَ الْعَرَضِ الَّذِي فِي الذِّمَّةِ أَوْ أَكْثَر، وَكَذَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ وَلَدِهِ بِأَقَلَّ مِنْ حَقِّهِ لَكِنْ بِشَرْطٍ، وَهُوَ أَنْ يَخْشَى فَوَاتَ جَمِيعِ الْحَقِّ، فَالصُّلْحُ بِبَعْضِهِ أَوْلَى مِنْ فَوْتِ جَمِيعِهِ، وَتَخْتَصُّ الْبِكْرُ بِأَنَّهُ يَجُوزُ لِأَبِيهَا الْعَفْوُ عَنْ نِصْفِ صَدَاقِهَا؛ إِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الْبِنَاءِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ إلَى قَوْلِهِ: ﴿عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

قَالَ فِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: قَالَ جَمَاعَةٌ فِي تَفْسِيرِ ﴿ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧] هُوَ الْأَبُ فِي ابْنَتِهِ الْبِكْرِ. مِنْهُمْ الزُّهْرِيُّ وَعَلْقَمَةُ وَالْحَسَنُ وَطَاوُسٌ وَمَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ وَبِهِ الْفَتْوَى.

قَالَ فِي المُفِيدِ: وَإِذَا صَالَحَ الرَّجُلُ عَلَى ابْنَتِهِ الْبِكْرِ بِبَعْضِ حَقِّهَا مِنْ مِيرَاثٍ أَوْ صَدَاقٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ حَقُّهَا عَيْنًا لَا خِصَامَ فِيهِ وَلَا دَعْوَى، فَلاَ يَجُوزُ صُلْحُهُ عَلَيْهَا بِأَقَلَّ مِنْ حَقِّهَا؛ إِذْ لَا يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ.

فَإِنْ رُفِعَ رَجَعَتْ بِبَاقِي حَقِّهَا عَلَى مَنْ هُوَ لَهَا عَلَيْهِ، ثُمَّ لَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى وَالِدِهَا، إِلَّا أَنْ يَتَحَمَّلَ فِي ذَلِكَ مَا يُدْرِكُهُ مِنْ دَرْكٍ، فَيَكُونُ هُوَ المَطْلُوبُ بِهِ فِي عُسْرِهِ وَيُسْرِهِ، وَيَتْبَعُهُ بِذَلِكَ غَرِيمُ الابْنَةِ، وَإِنْ كَانَ غَرِيمُهَا عَدِيمًا؛ طَلَبَتْ وَالِدَهَا بِحَقِّهَا، قَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ المَاجِشُونِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَالاِبْنُ وَالْبِنْتُ فِي هَذَا سَوَاءٌ، وَلِذَلِكَ أَتَى الشَّيْخُ بِلَفْظِ «المَحْجُورِ» الشَّامِلِ لَهُمَا، وَذِكْرُ ابْنِ هِشَامِ الْبِنْتَ فَقَطْ، هُوَ عَلَى وَجْهِ التَّمْثِيلِ فَقَطْ، وَلَا تَخْتَصُّ الْبِنْتُ إِلَّا بِجَوَازِ الْعَفْوِ عَنْ نِصْفِ مَهْرِهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْبَيْتِ الثَّالِثِ.

وَفِي الطُّرَرِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَعْفُوَ عَنْ شَيْءٍ مِنْ صَدَاقِهَا -يُرِيدُ الْبِكْرَ- إِلَّا الْأَبُ وَحْدَهُ، لَا وَصِيٌّ وَلَا غَيْرُهُ.

وَفِي ابْنِ يُونُسَ: فَأَمَّا قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَضَعَ مِنْ صَدَاقِهَا شَيْئًا.

التَّوْضِيحُ: وَأَجَازَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَفْوَ الْوَلِيِّ قَبْلَ الطَّلَاقِ أَيْضًا، وَرَأَى أَنَّهُ إِذَا جَازَ ذَلِكَ لِتَحْصِيلِ زَوْجٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، فَلَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ الْحَاصِلِ لَهَا الَّذِي لَمْ يُطَلِّقْهَا أَوْلَى. اهـ.

وَالْعَفْوُ قَبْلَ الطَّلَاقِ إِمَّا عَلَى شَرْطِ التَّطْلِيقِ، أَوْ عَلَى بَقَاءِ الْعِصْمَةِ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَتْرُكَ لَهَا مَا يَحِلُّ بِهِ النِّكَاحُ.

وَلِلْوَصِيِّ الصُّلْحُ عَمَّنْ قَدْ حُجِرْ وَلَا يَجُوزُ مَعَ غَبْنٍ أَوْ ضَرَرْ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ مَحْجُورِهِ إِذَا كَانَ نَظَرًا لِلْمَحْجُورِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ غَبْنٌ وَنَقْصٌ مِنْ حَقِّهِ أَوْ عَلَيْهِ فِيهِ ضَرَرٌ لَمْ يَجُزْ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَقَعَتْ هَذِهِ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ، وَظَاهِرُهَا أَنَّ الْوَصِيَّ يَجُوزُ صُلْحُهُ عَنِ الْيَتِيمِ الَّذِي إِلَى نَظَرِهِ، فِيمَا طُلِبَ لَهُ مِنَ الْحَقِّ أَوْ طُولِبَ بِهِ، فِي أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَ حَقِّهِ الَّذِي يُطْلَبُ مِنَ الْغَيْرِ، وَيَضَعُ بَعْضَهُ إِذَا خُشِيَ أَنْ لَا يَصِحَّ لَهُ مَا ادَّعَاهُ، وَبِأَنْ يُعْطِيَ مِنْ مَالِهِ بَعْضَ مَا يُطْلَبُ بِهِ، إِذَا خُشِيَ أَنْ يَثْبُتَ عَلَيْهِ جَمِيعُ مَا يُطْلَبُ بِهِ. اهـ[1].

وَفِي أَوَاخِرِ السِّفْرِ الثَّالِثِ مِنَ الْمِعْيَارِ، فِي صَدْرِ جَوَابٍ لِمُؤَلِّفِهِ فِي مَسْأَلَةٍ مِنَ الصُّلْحِ، سُمِّيَ جَوَابُهُ الْمَذْكُورُ تَنْبِيهُ الطَّالِبِ الدَّرَّاكِ فِي الصُّلْحِ الْمُنْعَقِدِ بَيْنَ ابْنِ سَعْدٍ وَالْحَبَّاكِ، قَالَ: تَحْصِيلُ صُلْحِ الْوَصِيِّ عَنْ أَيْتَامِهِ بِبَعْضِ الْحَقِّ، بَعْدَ فَرْضِ سَلَامَتِهِ مِنَ الْقَوَادِحِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْمَوَانِعِ الشَّرْعِيَّةِ، إِنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُطْلَبُ لِلْمَحْجُورِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُطْلَبُ بِهِ.

فَالْأَوَّلُ لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ لَهُمْ، بِحَيْثُ لَا خِصَامَ فِيهِ وَلَا دَعْوَى.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ قَبْلَ ثُبُوتِهِ فِي الْحَالِ، وَلَا يُرْجَى ثُبُوتُهُ فِي الْمَآلِ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ غَيْرَ ثَابِتٍ فِي الْحَالِ، لَكِنْ يُرْجَى ثُبُوتُهُ فِي الْمَآلِ، فَالْأَوَّلُ لَا يَجُوزُ

---

(١) البيان والتحصيل ١٤/ ٢٢٤.

بِاتِّفَاقٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ فِي مَالِ المَحْجُورِ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ عِنْدَ الْكَافَّةِ وَالْجُمْهُورِ، وَالثَّانِي مَشْرُوعٌ، وَالثَّالِثُ مَمْنُوعٌ.

وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُطْلَبُ بِهِ، فَلاَ يَخْلُو أَيْضًا إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ ثَابِتًا فِي الْحَالِ، أَوْ لَيْسَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ، وَلَا يُرْجَى ثُبُوتُهُ فِي المَآلِ، أَوْ لَيْسَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ يُرْجَى ثُبُوتُهُ فِي المَآلِ، فَالْأَوَّلُ يَجُوزُ صُلْحُهُ عَلَيْهِ بِمِثْلِ الْحَقِّ فَأَقَلَّ، وَلَا يَجُوزُ بِأَكْثَرَ، وَالثَّانِي وَهُوَ مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ فِي الْحَالِ، وَلَا يُرْجَى ثُبُوتُهُ فِي المَآلِ، فَاخْتَلَفَ المَذْهَبُ فِي إِجَازَتِهِ وَمَنْعِهِ عَلَى قَوْلَيْنِ. وَالْقَوْلُ بِالْإِجَازَةِ مِنْهُمَا هُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي سَمَاعِ أَصْبَغَ، وَالمَنْعُ هُوَ قَوْلُ ابْنِ المَاجِشُونِ فِي وَاضِحَتِهِ وَأَحْكَامِهِ، ثُمَّ قَالَ: قُلْتُ وَالْقَوْلَانِ مُتَكَافِئَانِ فِي نَظَرِ كَثِيرٍ مِنْ مَشَايِخِ المَذْهَبِ، وَصَوَّبَ بَعْضُ مُتَأَخِّرِيهِمْ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَاعْتَلَّ لَهُ بِأَنَّ فِعْلَ الْوَصِيِّ مَحْمُولٌ عَلَى النَّظَرِ، حَتَّى يَثْبُتَ خِلاَفُهُ. اهـ.

كَذَا وَجَدْتُ هَذَا الْكَلاَمَ فِي نُسْخَتَيْنِ مِنَ المِعْيَارِ، وَالْغَالِبُ أَنَّهُ سَقَطَ بَعْضُهُ وَأَصْلُهُ، وَالثَّانِيَ وَهُوَ مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ فِي الْحَالِ، وَلَا يُرْجَى ثُبُوتُهُ فِي المَآلِ، فَلاَ يَجُوزُ الصُّلْحُ فِيهِ عَنْهُ بِحَالٍ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ وَهُوَ مَا لَيْسَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ يُرْجَى ثُبُوتُهُ فِي المَآلِ، فَاخْتَلَفَ المَذْهَبُ... إِلَخْ، وَهَذَا الْقِسْمُ هُوَ المُنَاسِبُ لِمَحَلِّ الْخِلاَفِ بِسَبَبِ النَّظَرِ إِلَى الْحَالِ وَالمَآلِ، وَهِيَ قَاعِدَةٌ مِنْ الْقَوَاعِدِ الشَّرْعِيَّةِ.

قَوْلُهُ: «وَلِلْوَصِيِّ» يَتَعَلَّقُ بِـ «يَجُوزُ»، وَ«الصُّلْحُ» مُبْتَدَأٌ، وَ«عَمَّنْ» يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَجُمْلَةُ «لَا يَجُوزُ» خَبَرُ الصُّلْحِ.

وَلَا يَجُوزُ نَقْضُ صُلْحٍ أُبْرِمَا وَإِنْ تَرَاضَيَا وَجَبْرًا أُلْزِمَا

يَعْنِي أَنَّ المُتَخَاصِمَيْنِ إِذَا وَقَعَ الصُّلْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى وَجْهٍ جَائِزٍ، ثُمَّ أَرَادَا الرُّجُوعَ إِلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ مِنْ الْخُصُومَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَيُجْبَرَانِ عَلَى الْتِزَامِ مَا وَقَعَ بَيْنَهُمَا مِنْ الصُّلْحِ.

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ فِي مُنْتَخَبِهِ: وَسُئِلَ عِيسَى عَنْ رَجُلَيْنِ اصْطَلَحَا فِي شَيْءٍ تَدَاعَيَا فِيهِ، ثُمَّ أَرَادَا أَنْ يَنْقُضَا الصُّلْحَ وَيَرْجِعَا إِلَى الدَّعْوَى الْأُولَى، قَالَ: هَذَا لَا يَجُوزُ.

سَحْنُونٌ: إِنْ اسْتَحَقَّ مَا قَبَضَ المُدَّعِي فِي الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ، فَلْيَرْجِعْ بِقِيمَةِ مَا قَبَضَ أَوْ مِثْلِهِ إِنْ كَانَ يُوجَدُ لَهُ مِثْلٌ.

ابْنُ يُونُسَ: هَذَا هُوَ الصَّوَابُ لَا الرُّجُوعُ إِلَى الْخُصُومَةِ.

وَيُنْقَضُ الْوَاقِعُ فِي الْإِنْكَارِ إِنْ عَادَ مُنْكِرٌ إِلَى الْإِقْرَارِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ ادَّعَى حَقًّا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَهُ وَأَنْكَرَهُ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى الْإِنْكَارِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ أَقَرَّ بِمَا أَنْكَرَ أَوَّلًا قَبْلَ الصُّلْحِ، فَإِنَّ الصُّلْحَ يُنْقَضُ وَيَلْزَمُهُ غُرْمُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُدَّعِي، وَهَذَا الْفَرْعُ وَمَا يُسْتَطْرَدُ بَعْدَهُ مِنْ نَظَائِرِهِ فِي مَعْرِضِ الِاسْتِثْنَاءِ مِنْ قَوْلِهِ: «وَلَا يَجُوزُ نَقْضُ صُلْحٍ أُبْرِمَا».

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: قَالَ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ سُئِلَ عِيسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ رَجُلٍ لَهُ حَقٌّ عَلَى رَجُلٍ فَجَحَدَهُ، فَصَالَحَهُ عَلَى الْإِنْكَارِ بِبَعْضِ الْحَقِّ، ثُمَّ أَقَرَّ بَعْدُ أَنَّ مَا ادَّعَى بِهِ عَلَيْهِ حَقٌّ، فَقَالَ عِيسَى: يَلْزَمُهُ غُرْمُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُدَّعَى. وَقَالَ: لَوْ أَنَّ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ وَثِيقَةً بِحَقٍّ فَضَاعَتْ فَأَنْكَرَ غَرِيمُهُ فَصَالَحَهُ بِبَعْضِ الْحَقِّ ثُمَّ وَجَدَهَا، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ وَعَلَى الِافْتِدَاءِ مِنَ الْيَمِينِ جَائِزٌ حُكْمُهُ، وَلَا يَحِلُّ لِلظَّالِمِ مِنْهُمَا، فَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ نَقْضُهُ؛ لِأَنَّهُ مَغْلُوبٌ[1].

ثُمَّ قَالَ فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: وَإِنْ أَشْهَدَ سِرًّا: فَقَوْلَانِ وَهُنَا ثَمَانِ مَسَائِلَ، أَرْبَعٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا، أَيْ عَلَى نَقْضِ الصُّلْحِ فِي ثَلَاثَةٍ مِنْهَا وَعَلَى إِمْضَائِهِ فِي الرَّابِعَةِ، وَأَرْبَعٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا.

فَأَمَّا الْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا:

فَالْأُولَى: إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ غَائِبَةٌ وَأَشْهَدَ وَأَعْلَنَ.

وَالثَّانِيَةُ: إِذَا صَالَحَ عَلَى الْإِنْكَارِ ثُمَّ أَقَرَّ.

وَالثَّالِثَةُ: إِذَا صَالَحَ عَلَى الْإِنْكَارِ وَذَكَرَ ضَيَاعَ صَكِّهِ أَيْ وَثِيقَتِهِ، ثُمَّ وَجَدَهُ بَعْدَ الصُّلْحِ، فَهَذِهِ الثَّلَاثَةُ اتَّفَقُوا فِيهَا عَلَى الْقَبُولِ.

وَالرَّابِعَةُ: إِذَا ضَاعَ صَكُّهُ فَقَالَ لَهُ غَرِيمُهُ: حَقُّكَ حَقٌّ فَأْتِ بِالصَّكِّ فَامْحُهُ وَخُذْ حَقَّكَ. فَقَالَ: قَدْ ضَاعَ وَأَنَا أُصَالِحُكَ. فَفَعَلَ ثُمَّ يَجِدُ ذِكْرَ الْحَقِّ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ بِاتِّفَاقٍ.

ابْنُ يُونُسَ: وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ وَالَّتِي قَبْلَهَا أَنَّ غَرِيمَهُ فِي هَذِهِ مُعْتَرِفٌ، وَإِنَّمَا طَالَبَهُ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٨٩.

بِإِحْضَارِ صَكِّهِ لِيَمْحُوَ مَا فِيهِ، فَقَدْ رَضِيَ هَذَا بِإِسْقَاطِهِ وَاسْتِعْجَالِ حَقِّهِ، وَالْأَوَّلُ مُنْكِرٌ لِلْحَقِّ وَقَدْ أَشْهَدَ أَنَّهُ إِنَّمَا صَالَحَهُ لِضَيَاعِ صَكِّهِ، فَهُوَ كَإِشْهَادِهِ أَنَّهُ إِنَّمَا يُصَالِحُهُ لِغَيْبَةِ بَيِّنَتِهِ.

وَأَمَّا الْأَرْبَعُ الْمُخْتَلَفُ فِيهَا، فَهِيَ: إِذَا كَانَتْ بَيِّنَتُهُ غَائِبَةً وَأَشْهَدَ سِرًّا كَمَا ذُكِرَ.

وَالثَّانِيَةُ: إِذَا صَالَحَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِبَيِّنَتِهِ ثُمَّ عَلِمَ، وَالْمَشْهُورُ فِيهَا الْقَبُولُ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَالثَّالِثَةُ: إِذَا صَالَحَ وَهُوَ عَالِمٌ بِبَيِّنَتِهِ، وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْمَشْهُورَ فِيهَا عَدَمُ الْقَبُولِ.

وَالرَّابِعَةُ: مَنْ يُقِرُّ فِي السِّرِّ وَيَجْحَدُ فِي الْعَلَانِيَةِ، فَصَالَحَهُ غَرِيمُهُ عَلَى أَنْ يُؤَخِّرَهُ سَنَةً، وَأَشْهَدَ الطَّالِبَ أَنَّهُ إِنَّمَا يُصَالِحُهُ لِغَيْبَةِ بَيِّنَتِهِ، فَإِذَا قَدِمَتْ قَامَ بِهَا، فَقِيلَ: ذَلِكَ لَهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ يَطْلُبُهُ وَهُوَ يَجْحَدُهُ، وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

خَلِيلٌ: وَأَفْتَى بَعْضُ أَشْيَاخِ شَيْخِي بِأَنَّ ذَلِكَ لَهُ لِضَرُورَةٍ وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ وَالْآخَرُ لِمُطَرِّفٍ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُسَمَّى إِيدَاعَ الشَّهَادَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِلَى هَذِهِ الْمَسَائِلِ الثَّمَانِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ فِي مُخْتَصَرِهِ بِقَوْلِهِ: فَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَهُ، أَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ لَمْ يَعْلَمْهَا، أَوْ أَشْهَدَ، وَأَعْلَنَ أَنَّهُ يَقُومُ بِهَا، أَوْ وَجَدَ وَثِيقَتَهُ بَعْدَهُ، فَلَهُ نَقْضُهُ كَمَنْ لَمْ يُعْلِنْ أَوْ يُقِرَّ سِرًّا فَقَطْ عَلَى الْأَحْسَنِ لَا إِنْ عَلِمَ بِبَيِّنَتِهِ وَلَمْ يُشْهِدْ، أَوْ ادَّعَى ضَيَاعَ الصَّكِّ فَقِيلَ لَهُ: حَقُّكَ ثَابِتٌ فَأْتِ فَصَالِحْ ثُمَّ وَجَدَهُ. اهـ[1].

وَالْمَسْأَلَةُ الْأُولَى فِي الْمُخْتَصَرِ هِيَ الثَّانِيَةُ فِي التَّوْضِيحِ، وَالثَّانِيَةُ فِيهِ هِيَ الثَّانِيَةُ مِنْ الْأَرْبَعِ الْأَخِيرَةِ فِي التَّوْضِيحِ، وَالثَّالِثَةُ فِيهِ هِيَ الْأُولَى فِي التَّوْضِيحِ، وَالرَّابِعَةُ هِيَ الثَّالِثَةُ فِي التَّوْضِيحِ، وَالْخَامِسَةُ هِيَ الْأُولَى مِنْ الْأَرْبَعِ الْأَخِيرَةِ، وَالسَّادِسَةُ هِيَ الرَّابِعَةُ مِنْ الْأَرْبَعِ الْأَخِيرَةِ، وَالسَّابِعَةُ هِيَ الثَّالِثَةُ مِنْ الْأَرْبَعِ الْأَخِيرَةِ، وَالثَّامِنَةُ هِيَ الرَّابِعَةُ مِنْ الْأَرْبَعِ الْأُولَى.

وَقَوْلُهُ فِي آخِرِ كَلَامِ التَّوْضِيحِ: وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُسَمَّى إِيدَاعَ الشَّهَادَةِ. قُلْت: هِيَ الَّتِي تُسَمَّى فِي عُرْفِنَا الِاسْتِرْعَاءَ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ عَلَى ظَالِمٍ لَا يُنْتَصَفُ مِنْهُ وَلَا تَنَالُهُ الْأَحْكَامُ، فَيَخَافُ صَاحِبُ الْحَقِّ أَنْ يَطُولَ الزَّمَانُ وَيَضِيعَ حَقُّهُ، فَيُشْهِدُ سِرًّا وَخُفْيَةً أَنَّهُ عَلَى حَقِّهِ غَيْرُ تَارِكٍ لَهُ، وَأَنَّهُ يَقُومُ بِهِ مَتَى أَمْكَنَهُ ذَلِكَ، وَقَدْ أَشْبَعَ الْكَلَامَ فِيهَا صَاحِبُ الْمِعْيَارِ فِي نَوَازِلِ الصُّلْحِ عَنْ الْإِمَامِ أَبِي الْحَسَنِ عَلِيِّ بْنِ عُثْمَانَ بْنِ عَطِيَّةَ الْوَنْشَرِيسِيِّ لَمَّا

---

(١) مختصر خليل ص ١٧٤.

سُئِلَ عَنْ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ آخِرَ الصُّلْحِ: فَإِنْ أَشْهَدَ سِرًّا فَقَوْلَانِ[١]. فَعَلَيْكَ بِهِ إِنْ تَعَلَّقَ لَكَ بِهِ غَرَضٌ، فَإِنَّهُ كَثِيرُ الْوُقُوعِ لَا سِيَّمَا فِي هَذَا الزَّمَانِ.

إِنْ طَالَ هَذَا وَلَمْ يَحْدُثْ لَهُ غِيَرٌ ... لَمْ يُبْكَ مَيْتٌ وَلَمْ يُفْرَحْ بِمَوْلُودِ

وَقَدْ نَقَلْنَا مِنْهُ جُمْلَةً صَالِحَةً فِي شَرْحِنَا الْمُسَمَّى بِفَتْحِ الْعَلِيمِ الْخَلَّاقِ فِي شَرْحِ لَامِيَّةِ الزَّقَّاقِ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ فِي آخِرِهَا: وَلَا تَكْتُبَنْ طَوْعًا بِعَيْبٍ بِمَرْكَبٍ.... الْأَبْيَاتَ الثَّلَاثَةَ.

وَالتَّرِكَاتُ مَا تَكُونُ الصُّلْحُ ... مَعَ عِلْمِ مِقْدَارٍ لَهَا يَصِحُّ

يَعْنِي أَنَّ التَّرِكَةَ يَصِحُّ وَيَجُوزُ فِيهَا الصُّلْحُ؛ أَيْ: سَوَاءٌ كَانَتْ عَيْنًا أَوْ عَرَضًا أَوْ حَيَوَانًا أَوْ طَعَامًا أَوْ مَلَقَةً مِنَ الْبَعْضِ أَوْ الْكُلِّ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، لَكِنْ بِشَرْطِ عِلْمِ مِقْدَارِهَا، لِمَا فِي الصُّلْحِ مَعَ جَهْلِ مِقْدَارِهَا مِنَ الْغَرَرِ الَّذِي مَنَعَ مِنْهُ الشَّارِحُ فِي أَبْوَابِ الْمُعَاوَضَاتِ.

ثُمَّ نَقَلَ الشَّارِحُ جَوَابَ الْإِمَامِ أَبِي سَعِيدِ بْنِ لُبٍّ عَنْ صُلْحٍ فِي تَرِكَةٍ وَقَعَ فِيهِ جَهْلٌ وَغَبْنٌ، قَالَ: فَأَمَّا الْجَهْلُ فَقَدْ قَالَ أَهْلُ الْوَثَائِقِ: إِذَا سَقَطَ مِنَ الْعَقْدِ ذِكْرُ مَعْرِفَةِ الْقَدْرِ، وَادَّعَى أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْجَهْلَ لَمْ يُصَدَّقْ، وَلَا يَمِينَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهِ فِي وَجْهٍ مِنَ الْوُجُوهِ إِلَّا فِي وَجْهٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّ صَاحِبَهُ كَانَ عَالِمًا بِجَهْلِهِ، فَيَجِبُ لَهُ الْيَمِينُ عَلَى صَاحِبِهِ أَنَّهُ مَا عَلِمَ بِجَهْلِهِ إِذَا أَنْكَرَ ذَلِكَ، فَإِنْ حَلَفَ تَمَّ الْعَقْدُ، وَإِنْ نَكَلَ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْآخَرِ حَلَفَ لَقَدْ كَانَ جَاهِلًا بِمَا خَرَجَ عَنْهُ وَفُسِخَ الْعَقْدُ إِنْ شَاءَ هَذَا مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِ جَهْلِهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ، أَمَّا لَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ أَوْ اعْتَرَفَ بِهِ الْخَصْمُ؛ لَثَبَتَ الْخِيَارُ لِلْجَاهِلِ فِي الْفَسْخِ، فَإِنْ اعْتَرَفَ الْخَصْمُ أَنَّهُ كَانَ عَالِمًا بِجَهْلِ صَاحِبِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَجَبَ الْفَسْخُ بِكُلِّ حَالٍ لِفَسَادِهِ حِينَئِذٍ، وَأَمَّا الْقِيَامُ بِالْغَبْنِ فَمَا فِيهِ مَعْلُومٌ فَلْيُرَاجَعْ فِي مَحَلِّهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ بِاقْتِسَامِ مَا ... فِي ذِمَّةٍ وَإِنْ أَقَرَّ الْغُرَمَا

وَالزَّرْعِ قَبْلَ ذَرْوِهِ وَالثَّمَرِ ... مَا دَامَ مُبْقًى فِي رُءُوسِ الشَّجَرِ

وَلَا بِإِعْطَاءِ مِنْ الْوُرَّاثِ ... لِلْعَيْنِ فِي الْكَالِئِ وَالْمِيرَاثِ

وَحَيْثُ لَا عَيْنٌ وَلَا دَيْنٌ وَلَا ... كَالِئٌ سَاغَ مَا مِنْ إِرْثٍ بُذِلَا

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٨٩.

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ عَلَى أَرْبَعِ مَسَائِلَ ثَلَاثَةٍ مَمْنُوعَةٍ وَوَاحِدَةٍ جَائِزَةٍ:

الْأُولَى: مِنَ الثَّلَاثِ إِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ دُيُونًا عَلَى أُنَاسٍ شَتَّى، فَلَا يَجُوزُ لِلْوَرَثَةِ قَسْمُ تِلْكَ الدُّيُونِ بِأَنْ يَخْرُجَ وَاحِدٌ بِغَرِيمٍ وَآخَرُ بِغَرِيمٍ آخَرَ وَهَكَذَا، وَإِنْ حَضَرَ الْغُرَمَاءُ وَأَقَرُّوا بِالدَّيْنِ تَبْقَى الدُّيُونُ بَيْنَهُمْ فَمَتَى اقْتَضَوْا مِنْهَا شَيْئًا اقْتَسَمُوهُ، وَلَا تُقْسَمُ الذِّمَمُ وَفِي الْأَثَرِ النَّهْيُ عَنْ الذِّمَّةِ بِالذِّمَّةِ، وَمَنْ اقْتَضَى مِنْهُمْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ أَوْ صَالَحَ عَنْ نَصِيبِهِ مِنْهُ دَخَلَ مَعَهُ سَائِرُ الْوَرَثَةِ فِي ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُسَلِّمُوا لَهُ فِعْلَهُ أَوْ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ، وَيَتْبَعُونَ الْغَرِيمَ بِحِصَصِهِمْ. كَذَا نَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ الْمُتَيْطِيِّ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ: «فِي ذِمَّةٍ»كَأَنَّهُ أَرَادَ الْجِنْسَ بِدَلِيلِ صِيغَةِ الْجَمْعِ فِي الْغُرَمَاءِ، وَأَبْيَنُ مِنْهُ أَنْ لَوْ قَالَ: بِذِمَمٍ وَإِنْ أَقَرَّ الْغُرَمَا.

الثَّانِيَةُ: قَسْمُ الزَّرْعِ قَبْلَ ذَرْوِهِ وَالثَّمَرِ فِي رُءُوسِ الشَّجَرِ قَبْلَ جَذَاذِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِمَا فِيهِ مِنْ الْغَرَرِ وَالْمُخَاطَرَةِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: بِإِثْرِ النَّقْلِ الْمُتَقَدِّمِ عَنْهُ: وَكَذَلِكَ إِذَا وَرِثُوا زَرْعًا وَأَرْضًا وَشَجَرًا فِيهَا ثِمَارٌ، ثُمَّ لَمْ يَقْسِمُوا الْأَرْضَ وَأُصُولَ الشَّجَرِ، وَيَبْقَى الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ حَتَّى يُصَفَّى الزَّرْعُ وَيَصِيرَ حَبًّا، وَتُجْنَى الثَّمَرَةُ فَيَقْتَسِمُونَ ذَلِكَ كَيْلًا، وَلَا يَجُوزُ اقْتِسَامُهُمْ الزَّرْعَ فَدَادِينَ وَلَا قَتًّا وَلَا حُزَمًا وَلَا الثَّمَرَ فِي الشَّجَرِ وَهُوَ فِي الْمُزَابَنَةِ، فَإِنْ اقْتَسَمُوا ذَلِكَ جَهْلًا ثُمَّ عُثِرَ عَلَيْهِ فُسِخَ، فَإِنْ نَزَلَتْ جَائِحَةٌ فِيهَا قَبَضَهُ أَحَدُهُمْ فَهِيَ مِنْ جَمِيعِهِمْ، وَيَكُونُ جَمِيعُ السَّالِمِ مِنْ الْجَائِحَةِ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ بَيْنَهُمْ. اهـ. مَحَلُّ الْحَاجَةِ مِنْهُ.

وَإِلَى هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَالزَّرْعِ قَبْلَ ذَرْوِهِ...» الْبَيْتَ. فَقَوْلُهُ: «وَالزَّرْعِ» هُوَ بِالْخَفْضِ عُطِفَ عَلَى مَدْخُولِ الِاقْتِسَامِ، وَالثَّمَرِ عُطِفَ عَلَى الزَّرْعِ وَمُبْقًى بِضَمٍّ فَسُكُونٍ خَبَرُ مَا دَامَ.

الثَّالِثَةُ: إِعْطَاءُ الْوَارِثِ عَيْنًا لِلزَّوْجَةِ فِي كَالِئِ صَدَاقِهَا وَمِيرَاثِهَا مِنْ زَوْجِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِلْجَهْلِ بِمَا بَقِيَ مِنْ التَّرِكَةِ بَعْدَ بَيْعِ مَا يُقْضَى بِهِ الدَّيْنُ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْعَقِدَ الصُّلْحُ بِدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى الْكَالِئِ وَالْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ الْجَهْلَ يَدْخُلُهُ؛ إِذْ لَا مِيرَاثَ إِلَّا بَعْدَ الدَّيْنِ، وَالْكَالِئُ مِنْ الدَّيْنِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ مِنْ التَّرِكَةِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَيُؤَدَّى وَيُعْرَف مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَيَقَعُ الصُّلْحُ

عَلَى نَصِيبِهَا مِنْهُ، وَلَعَلَّهُ يُبَاعُ فِي الْكَالِئِ ثُلُثُ الْعَقَارِ أَوْ رُبُعُهُ أَوْ سُدُسُهُ أَوْ مِنَ الْعَبِيدِ أَوْ مِنَ الْإِمَاءِ وَالْوِطَاءِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَذْهَبُ بِأَكْثَرِ الْمَالِ، فَلاَ يَدْرِي كَمْ يُبَاعُ فِي الدَّيْنِ مِنَ التَّرِكَةِ، فَإِذَا لَمْ يُعْرَفْ وَقَعَ الْجَهْلُ فِي نَصِيبِهَا مِنَ الْبَاقِي، وَالصُّلْحُ فِي ذَلِكَ مَجْهُولٌ، وَالصُّلْحُ بَيْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ. وَهَكَذَا نُقِلَ عَنْ أَشْهَبَ وَقَالَهُ ابْنُ الْعَطَّارِ وَابْنُ زَرْبٍ وَفَضْلُ بْنُ سَلَمَةَ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْمُوَثِّقِينَ. اهـ.

وَإِلَى هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَلَا بِإِعْطَاءٍ مِنَ الْوَارِثِ...» الْبَيْتَ. فَقَوْلُهُ: «وَلَا بِإِعْطَاءٍ» هُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ: «بِاقْتِسَامٍ» وَ«مِنَ الْوَارِثِ» مُتَعَلِّقٌ بِإِعْطَاءٍ، وَمَعْنَى فِي الْكَالِئِ وَالْمِيرَاثِ أَيْ فِي مُقَابَلَتِهِمَا مَعًا.

الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: الْجَائِزَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ عَيْنٌ وَلَا دَيْنٌ عَلَى هَالِكِهَا، وَلَا كَالِئ لِزَوْجَتِهِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الدَّيْنِ، فَيَجُوزُ أَنْ تُصَالِحَ بِدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ لِخُلُوِّ الْمَسْأَلَةِ عَنِ الْمَوَانِعِ الشَّرْعِيَّةِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَحَيْثُ لَا عَيْنٌ وَلَا دَيْنٌ وَلَا كَالِئ...» الْبَيْتَ.

(تَتْمِيمٌ) مِمَّا يُنَاسِبُ الْمَسْأَلَةَ الثَّالِثَةَ الْمُتَقَدِّمَةَ آنِفًا مَسَائِلُ فِي الْمُدَوَّنَةِ نَقَلَهَا الْإِمَامُ الْمَوَّاقُ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَعَنْ إِرْثِ زَوْجَةٍ مِنْ عَرَضٍ وَوَرِقٍ وَذَهَبٍ بِذَهَبٍ مِنَ التَّرِكَةِ قَدْرَ مَوْرِثِهَا مِنْهُ فَأَقَلَّ. إِلَى قَوْلِهِ: وَإِنْ كَانَ فِيهَا دَيْنٌ فَكَبَيْعِهِ[1]. رَأَيْتُ إِثْبَاتَهَا هُنَا تَتْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا طُولٌ فَيُغْتَفَرُ لِامْتِحَانِ ذِهْنِ الطَّالِبِ بِهَا، وَرَفْعِ تَوَهُّمِ مَنْعِ مَا هُوَ مِنْهَا جَائِزٌ وَجَوَازِ مَا هُوَ مَمْنُوعٌ، وَبَيَانِ وَجْهِ مَا هُوَ الْجَائِزُ مِنْهَا وَالْمَمْنُوعُ.

قَالَ رَحِمَهُ اللهُ: مِنَ الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ وَزَوْجَةٍ وَتَرَكَ دَنَانِيرَ وَدَرَاهِمَ وَعُرُوضًا حَاضِرَةً وَغَائِبَةً وَعَقَارًا، فَصَالَحَ الْوَلَدُ الزَّوْجَةَ عَلَى دَرَاهِمَ مِنَ التَّرِكَةِ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْرَ مَوْرِثِهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ فَأَقَلَّ جَازَ، وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهَا بَاعَتْ عُرُوضًا حَاضِرَةً وَغَائِبَةً وَدَنَانِيرَ بِدَرَاهِمَ نَقْدًا وَذَلِكَ حَرَامٌ. اهـ[2].

فَإِنْ كَانَتِ الدَّرَاهِمُ ثَمَانِينَ فَصَالَحَهَا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، فَقَدْ أَخَذَتْ وَاجِبَهَا مِنْهَا، وَهُوَ عَشَرَةٌ وَسَلِمَتْ فِي وَاجِبِهَا مَنْ غَيْرِهَا مِنَ الدَّنَانِيرِ وَالْعُرُوضِ، وَكَذَا إِنْ صَالَحَهَا بِثَمَانِيَةِ دَرَاهِمَ فَقَدَ تَرَكَتْ مِنْ حَقِّهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ دِرْهَمَيْنِ، وَتَرَكَتْ جَمِيعَ حَقِّهَا مِنَ الدَّنَانِيرِ

---

(١) مختصر خليل ص ١٧٤.

(٢) المدونة ٣/٣٧٧.

وَالْعُرُوضِ وَلَا مَحْذُورَ فِي ذَلِكَ.

وَإِنْ صَالَحَهَا بِأَكْثَرَ مِنْ حَقِّهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ لَمْ يَجُزْ كَمَا بَيَّنَ وَجْهَهُ بِقَوْلِهِ: لِأَنَّهَا بَاعَتْ عُرُوضًا... إِلَخْ. وَلَا يَجُوزُ النَّقْدُ بِشَرْطٍ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ مَكَانُهُ، أَوْ يَكُونَ مِمَّا يُؤْمَنُ تَغَيُّرُهُ، وَفِيهِ أَيْضًا اجْتِمَاعُ الْبَيْعِ وَالصَّرْفِ؛ لِأَنَّ مَا زَادَ مِنَ الدَّرَاهِمِ عَلَى وَاجِبِهَا مِنْهَا بَعْضُهُ فِي مُقَابَلَةِ الذَّهَبِ وَهُوَ صَرْفٌ، وَبَعْضُهُ فِي مُقَابَلَةِ الْعُرُوضِ الْحَاضِرَةِ وَالْغَائِبَةِ، وَهُوَ بَيْعٌ يُرِيدُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الدَّرَاهِمُ الزَّائِدَةُ عَلَى نَصِيبِهَا يَسِيرَةً أَقَلَّ مِنْ صَرْفِ دِينَارٍ، فَتَنْتَفِي عِلَّةُ اجْتِمَاعِ الْبَيْعِ وَالصَّرْفِ فِي أَكْثَرَ مِنَ الدِّينَارِ.

ثُمَّ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَثَرَ مَا تَقَدَّمَ: وَإِنْ صَالَحَهَا الْوَلَدُ عَلَى دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ مِنْ غَيْرِ التَّرِكَةِ قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهَا بَاعَتْ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَعُرُوضًا بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ؛ لِأَنَّ الْقَاعِدَةَ أَنَّهُ إِذَا بِيعَ الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ أَوْ الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَكُونَ مَعَ أَحَدِ الْعِوَضَيْنِ أَوْ مَعَهُمَا عُرُوضٌ لِفَوَاتِ التَّمْثِيلِ فِي الْوَجْهَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، وَلِاجْتِمَاعِ الْبَيْعِ وَالصَّرْفِ فِي الْوَجْهِ الثَّالِثِ.

ثُمَّ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ أَثَرَ مَا تَقَدَّمَ: فَأَمَّا عَلَى عُرُوضٍ مِنْ مَالِهِ نَقْدًا فَذَلِكَ جَائِزٌ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِمَا بِجَمِيعِ التَّرِكَةِ، وَحُضُورِ أَصْنَافِهَا وَحُضُورِ مَنْ عَلَيْهِ الْعَرْضُ، وَإِقْرَارِهِ بِهِ يُرِيدُ، وَالْعَرْضُ الَّذِي أَعْطَاهَا نَقْدًا مُخَالِفٌ لِلْعُرُوضِ الَّتِي عَلَى الْغُرَمَاءِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَقِفَا عَلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ كُلِّهِ لَمْ يَجُزْ. أُنْظُرْ قَوْلَهُ: بَعْدَ مَعْرِفَتِهِمَا بِجَمِيعِ التَّرِكَةِ... إِلَخْ. «فَإِنْ جَهِلَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَبَيْنَ الْوَجْهَيْنِ فَرْقٌ». اهـ[1].

وَانْظُرْ إِذَا صَالَحَهَا بِعَرَضٍ مِنَ التَّرِكَةِ مَعَ وُجُودِ الشُّرُوطِ الَّتِي ذُكِرَ مِنْ مَعْرِفَتِهِمَا بِجَمِيعِ التَّرِكَةِ... إِلَخْ. فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: صُلْحٌ لِوَارِثٍ بِقَدْرِ حَظِّهِ مِنْ صِنْفِ مَا أَخَذَهُ وَاضِحٌ؛ لِأَنَّهُ لِمَا سِوَاهُ وَاهِبٌ، وَبِزَائِدٍ عَنْ حَظِّهِ فِيهِ بَائِعٌ حَظَّهُ فِي غَيْرِهِ بِالزَّائِدِ فَيُعْتَبَرُ الْبَيْعُ وَالصَّرْفُ وَتَعْجِيلُ قَبْضِ مَا مَعَهُ وَشَرْطُ بَيْعِ الدَّيْنِ بِحُضُورِ الْمَدِينِ وَإِقْرَارِهِ.

وَعِبَارَةُ الْمُدَوَّنَةِ: إِنْ تَرَكَ دَنَانِيرَ وَدَرَاهِمَ وَعُرُوضًا، وَذَلِكَ كُلُّهُ حَاضِرٌ لَا دَيْنَ فِيهِ، وَلَا شَيْءَ غَائِبٌ، فَصَالَحَهَا الْوَلَدُ عَلَى دَنَانِيرَ مِنَ التَّرِكَةِ يُرِيدُ أَكْثَرَ مِنْ حَظِّهَا مِنَ الدَّنَانِيرِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ إِنْ كَانَتِ الدَّرَاهِمُ يَسِيرَةً.

---

(١) المدونة ٣/٣٧٧.

اللَّخْمِيُّ: يَعْنِي إِذَا كَانَتْ الدَّنَانِيرُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ ثَمَانِينَ، فَأَعْطَى الْوَلَدُ لِلزَّوْجَةِ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ مِنْ تِلْكَ الدَّنَانِيرِ فَأَقَلَّ جَازَ، وَاخْتُلِفَ إِذَا أَعْطَوْهَا الْعَشَرَةَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَمَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَرَآهُ رِبًا، وَكَأَنَّهَا بَاعَتْ نَصِيبَهَا مِنْ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَالْعُرُوضِ بِهَذِهِ الْعَشَرَةِ، وَإِنْ أَخَذَتْ مِنْ الدَّنَانِيرِ الَّتِي خَلَّفَهَا الْمَيِّتُ أَحَدَ عَشَرَ دِينَارًا جَازَ؛ لِأَنَّ صَرْفًا وَبَيْعًا فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ جَائِزٌ. اهـ.

بَيَانُ وَجْهِ جَوَازِهِ أَنَّ الْعَشَرَةَ دَنَانِيرَ هِيَ وَاجِبُهَا فِي الثَّمَانِينَ دِينَارًا، وَالدِّينَارَ الْحَادِيَ عَشَرَ بَعْضُهُ فِي مُقَابَلَةِ وَاجِبِهَا فِي الْعُرُوضِ وَهُوَ بَيْعٌ، وَبَعْضُهُ فِي مُقَابَلَةِ وَاجِبِهَا مِنْ الدَّرَاهِمِ وَهُوَ صَرْفٌ، فَقَدْ اجْتَمَعَ الْبَيْعُ وَالصَّرْفُ فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ الْحَادِيَ عَشَرَ وَهُوَ جَائِزٌ.

ثُمَّ قَالَ: وَمِنْ الْمُدَوَّنَةِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَإِنْ تَرَكَ دَرَاهِمَ وَعُرُوضًا فَصَالَحَهَا الْوَلَدُ عَلَى دَنَانِيرَ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ يَسِيرَةً حَظُّهَا مِنْهَا أَقَلُّ مِنْ صَرْفِ دِينَارٍ جَازَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ، وَإِنْ كَانَ حَظُّهَا مِنْهَا صَرْفُ دِينَارٍ فَأَكْثَرُ لَمْ يَجُزْ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: أَقَلُّ مِنْ صَرْفِ دِينَارٍ جَازَ. وَجْهُ جَوَازِهِ أَنَّ أَحَدَ الدَّنَانِيرِ الْمُصَالَحِ بِهَا بَعْضُهُ فِي مُقَابَلَةِ وَاجِبِهَا مِنْ الدِّرْهَمِ وَهُوَ صَرْفٌ، وَبَعْضُهُ مَعَ بَقِيَّةِ الدَّنَانِيرِ الْمُصَالَحِ بِهَا فِي مُقَابَلَةِ الْعُرُوضِ.

قَالَ: وَهُوَ بَيْعٌ فَاجْتَمَعَ الْبَيْعُ وَالصَّرْفُ فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ وَهُوَ جَائِزٌ.

وَقَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَ فِي حَظِّهَا صَرْفُ دِينَارٍ فَأَكْثَرُ لَمْ يَجُزْ. وَجْهُ مَنْعِهِ أَنَّهُ كَانَ فِي حَظِّهَا مِنْ الدَّرَاهِمِ صَرْفُ دِينَارٍ فَقَطْ، كَانَ دِينَارٌ صَرْفًا بِوَاجِبِهَا مِنْ الدَّرَاهِمِ وَبَاقِي الدَّنَانِيرِ فِي مُقَابَلَةِ.

قَالَ: وَهُوَ بَيْعٌ فَلَمْ يَجْتَمِعَا فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ وَاجِبُهَا مِنْ الدَّرَاهِمِ صَرْفُ دِينَارٍ وَنِصْفٍ مَثَلاً، فَإِنَّ النِّصْفَ الْبَاقِيَ مِنْ الدِّينَارِ وَبَاقِي الدَّنَانِيرِ فِي مُقَابَلَةِ الْعُرُوضِ فَلَمْ يَجْتَمِعَا فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ، وَكَذَا إِنْ كَانَ وَاجِبُهَا صَرْفَ دِينَارَيْنِ فَأَكْثَرَ.

ثُمَّ قَالَ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ: وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ مِنْ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ لَمْ يَجُزْ الصُّلْحُ عَلَى دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ نَقْدًا مِنْ عِنْدِ الْوَلَدِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَيَوَانًا أَوْ عُرُوضًا مِنْ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ أَوْ طَعَامًا مِنْ قَرْضٍ لَا مِنْ سَلَمٍ، فَصَالَحَهَا الْوَلَدُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ عَجَّلَهَا لَهَا مِنْ عِنْدِهِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا كَانَ الْغُرَمَاءُ حُضُورًا مُقِرِّينَ، وَوَصَفَ ذَلِكَ كُلَّهُ. اهـ.

قَوْلُهُ: لَمْ يَجُزْ الصُّلْحُ عَلَى دَنَانِيرَ. وَجْهُ مَنْعِهِ أَنَّهُ اشْتَرَى دَنَانِيرَ نَقْدًا بِدَنَانِيرَ إِلَى أَجَلٍ أَوْ دَرَاهِمَ نَقْدًا بِدَرَاهِمَ إِلَى أَجَلٍ، وَقَوْلُهُ: وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَيَوَانًا أَوْ عُرُوضًا. إِلَى قَوْلِهِ: فَذَلِكَ جَائِزٌ. وَجْهُ جَوَازِهِ أَنَّهُ اشْتَرَى دَيْنًا مِنْ عُرُوضٍ، أَوْ طَعَامٍ فِي ذِمَّةِ المَدِينِ بِدَنَانِيرَ، أَوْ دَرَاهِمَ مُعَجَّلَةٍ وَلَا مَحْذُورَ فِيهِ إِلَّا إِنْ كَانَ الطَّعَامِ مِنْ بَيْعٍ، فَلاَ يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ، فَلِذَلِكَ قَالَ: مِنْ قَرْضٍ لَا مِنْ سَلَمٍ، وَكَذَا يُشْتَرَطُ فِي جَوَازِهِ حُضُورُ الْغُرَمَاءِ، وَإِقْرَارُهُمْ وَصْف المَبِيعِ عَلَى قَاعِدَةِ بَيْعِ الدَّيْنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى:

وَإِنْ يَفُتْ مَا الصُّلْحُ فِيهِ يُطْلَبُ لَمْ يَجُزْ إِلَّا مَعَ قَبْضٍ يَجِبُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ ادَّعَى عَلَى غَيْرِهِ أَنَّهُ غَصَبَهُ، أَوْ سَرَقَ لَهُ ثَوْبًا أَوْ عَبْدًا أَوْ دَابَّةً أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، وَفَاتَ ذَلِكَ بِيَدِ الْغَاصِبِ أَوْ السَّارِقِ بِمَوْتٍ أَوْ تَغَيُّرٍ يُوجِبُ عَلَيْهِ الْقِيمَةَ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهُ إِلَّا بِمُعَجَّلٍ؛ لِأَنَّهُ بِنَفْسِ الْفَوَاتِ وَجَبَتْ الْقِيمَةُ، فَلاَ تُفْسَخُ فِي مُؤَخَّرٍ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ قَائِمًا لَمْ يَفُتْ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ الصُّلْحُ بِمُعَجَّلٍ وَبِمُؤَجَّلٍ؛ لِأَنَّهُ كَالْبَيْعِ وَهُوَ يَجُوزُ بِالمُؤَجَّلِ وَالمُعَجَّلِ.

قَالَ فِي المُدَوَّنَةِ: وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ أَنَّهُ غَصَبَهُ ثَوْبًا أَوْ عَبْدًا أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَالْعَبْدُ وَالثَّوْبُ قَائِمًا، فَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ بِدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ أَوْ بِعَرْضٍ مِنْ غَيْرِ صِنْفِهِ، وَيُؤَخِّرَ ذَلِكَ وَلَا يَتَعَجَّلَهُ وَهُوَ كَالْبَيْعِ سَوَاءٌ، فَإِنْ كَانَ المُدَّعَى فِيهِ فَائِتًا لَمْ يَجُزْ الصُّلْحُ إِلَّا بِمَا يَتَعَجَّلُ قَبْضُهُ مَكَانَهُ؛ لِأَنَّهُ قِيمَةُ الشَّيْءِ المَغْصُوبِ أَوْ مِثْلُهُ، قَدْ صَارَ دَيْنًا عَلَى الْغَاصِبِ فَلاَ يُقْبَضُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا مَا كَانَ يَتَعَجَّلُ قَبْضُهُ إِلَّا أَنْ يُصَالِحَ عَنْ ذَلِكَ بِمِثْلِ قِيمَةِ الشَّيْءِ المَغْصُوبِ دَرَاهِمَ يُؤَخِّرُهُ فَيَجُوزُ ذَلِكَ، وَلَا يُصَالِحُهُ عَنْ ذَلِكَ بِدَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ؛ لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ المُسْتَهْلَكَةَ إِنَّمَا تُقَوَّمُ بِالْوَرِقِ، وَلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ فِيمَا فَاتَ مِنْهَا حَتَّى تُعْرَفَ قِيمَةُ الشَّيْءِ المَغْصُوبِ الْفَائِتِ، وَيَجُوزُ إِذَا كَانَ قَائِمًا وَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ قِيمَتُهُ.

وَإِذَا طُلِبَ الصُّلْحُ فِي شَيْءٍ فَاتَ مِنْ دَابَّةٍ أَوْ عَرْضٍ -يُرِيدُ الشَّيْخُ بِمِثْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ النَّقْدِ الجَارِي فِي الْبَلَدِ الَّذِي يُطْلَبُ فِيهِ الصُّلْحُ-، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا مَعَ الْقَبْضِ لِلشَّيْءِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ. اهـ. مِنْ الشَّارِحِ.

ثُمَّ قَالَ:

وَجَائِزٌ تَحَلُّلٌ فِيمَا ادُّعِيَ وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لِلْمُدَّعِي

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ التَّحَلُّلُ مِنَ الدَّعْوَى الَّتِي لَمْ تَقُمْ عَلَيْهَا بَيِّنَةٌ لِلْمُدَّعِي، وَهَذَا فِي الدَّعْوَى المَجْهُولَةِ لَهُمَا مَعًا وَأَحْرَى المَعْلُومَةُ لَهُمَا، وَأَمَّا المَعْلُومَةُ لِوَاحِدٍ المَجْهُولَةُ لِآخَرَ فَلاَ يَجُوزُ الصُّلْحُ فِيهَا، وَبَقِيَ هَذَا الْقَيْدُ عَلَى النَّاظِمِ، وَمَعْنَى التَّحَلُّلِ أَنَّهُ يُصَالِحُهُ بِشَيْءٍ وَيَجْعَلُهُ فِي حِلٍّ.

قَالَ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ مِنَ المِعْيَارِ: إِنْ صَالَحَ رَجُلٌ رَجُلاً فِي حَقٍّ ادَّعَاهُ عَلَيْهِ فِي دَارِهِ، فَإِنْ عَرَفَاهُ جَمِيعًا أَوْ جَهِلاَهُ جَمِيعًا فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَإِنْ عَرَفَهُ أَحَدُهُمَا وَجَهِلَهُ الْآخَرُ لَمْ يَجُزِ الصُّلْحُ كَالْبَيْعِ عِنْدَ مَالِكٍ.

وَفِي المُقَرَّبِ: قُلْت: فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَرَاهِمُ ثُمَّ نَسِيَا جَمِيعًا عَدَدَهَا كَيْفَ يَصْنَعَانِ؟ قَالَ: يَصْطَلِحَانِ عَلَى مَا شَاءَا مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ أَوْ عَرْضٍ، وَيُحَلِّلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ بِمَا صَالَحَهُ عَلَيْهِ. وَقَالَ بَعْضُ المُتَأَخِّرِينَ: يَجُوزُ التَّحْلِيلُ فِي الدَّعْوَى المَجْهُولَةِ عَلَى مَا نَصَّهُ أَهْلُ الْوَثَائِقِ. اهـ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَالصُّلْحُ فِي الْكَالِئِ حَيْثُ حَلاَّ بِالصَّرْفِ فِي الْعَيْنِ لِزَوْجٍ حَلاَّ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ كَالِئِ الزَّوْجَةِ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ إِذَا حَلَّ أَجَلُهُ، وَكَذَا إِنْ حَلَّ بَعْضُهُ جَازَ الصُّلْحُ عَنْ ذَلِكَ الْبَعْضِ، فَيُصَالِحُ بِدَنَانِيرَ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَرَاهِمُ أَوْ بِالدَّرَاهِمِ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَنَانِيرُ.

أَمَّا أَنْ يَحِلَّ أَجَلُهُ فَلاَ يَجُوزُ الصُّلْحُ المَذْكُورُ.

قَالَ بَعْضُ المُتَأَخِّرِينَ: وَصُلْحُ الرَّجُلِ زَوْجَتَهُ عَنْ كَالِئِهَا إِذَا كَانَ دَنَانِيرَ بِدَرَاهِمَ أَوْ بِالْعَكْسِ جَائِزٌ إِذَا كَانَ حَالًّا، أَوْ كَانَ مُنْكِرًا لَهُ، فَإِنْ كَانَ مُؤَخَّرًا فَلاَ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ يَدَّعِي التَّأْخِيرَ وَالزَّوْجَةُ تَدَّعِي حُلُولَهُ؛ لِأَنَّهُ صَرْفٌ مُسْتَأْخَرٌ فِي حَقِّ الزَّوْجِ، وَيَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ أَصْبَغَ. اهـ.

باب النكاح وما يتعلق به

حَدَّدَهُ الْإِمَامُ ابْنُ عَرَفَةَ بِقَوْلِهِ: النِّكَاحُ عَقْدٌ عَلَى مُجَرَّدِ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ بِآدَمِيَّةٍ غَيْرُ مُوجِبٍ قِيمَتَهَا بِبَيِّنَةٍ قَبْلَهُ غَيْرُ عَالِمٍ عَاقِدُهَا حُرْمَتَهَا، إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى الْمَشْهُورِ أَوْ الْإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ.

قَالَ شَارِحُ الْحُدُودِ الْإِمَامُ الرَّصَّاعُ: قَوْلُهُ: عَقْدٍ. عَبَّرَ بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ فِيهِ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ مِنْ جَانِبَيْنِ، وَالْعَقْدُ فِيهِ لُزُومُ الْعَاقِدِ عَلَى نَفْسِهِ أَمْرًا مِنَ الْأُمُورِ، وَأَصْلُ الْعَقْدِ فِي اللُّغَةِ الرَّبْطُ، وَمِنْهُ عَقَدَ إِزَارَهُ، وَقَدْ يُسْتَعَارُ لِلْمَعَانِي أَيْ كَهَذَا.

وَقَوْلُهُ: عَلَى مُجَرَّدِ. هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ، وَهُوَ اسْمُ مَفْعُولٍ مِنْ جَرَّدَ، وَهُوَ صِفَةٌ قَبْلَ الْإِضَافَةِ لِلْمُتْعَةِ؛ أَيْ الْمُتْعَةُ الْمُجَرَّدَةُ، بِمَعْنَى أَنَّهَا الْمَقْصُودَةُ مِنْ غَيْرِ إِضَافَةِ شَيْءٍ إِلَيْهَا، وَاحْتُرِزَ بِهِ مِنْ الْعَقْدِ عَلَى الْمَنَافِعِ وَهُوَ الْإِجَارَةُ وَالْكِرَاءُ، وَعَلَى الذَّوَاتِ وَهُوَ الْبَيْعُ وَالْمُتْعَةُ مَعْلُومَةٌ مَشْهُورَةٌ، فَلِذَلِكَ عُرِفَ بِهَا وَهِيَ التَّلَذُّذُ، وَالتَّمَتُّعُ أَعَمُّ مِنَ التَّلَذُّذِ؛ لِأَنَّ التَّمَتُّعَ يَكُونُ حِسِّيًّا وَمَعْنَوِيًّا كَتَمَتُّعِ الْجَاهِ وَالْوِلَايَةِ، وَتَمَتُّعِ الرُّكُوبِ وَالْأَكْلِ وَالْمُقَدِّمَاتِ، وَالتَّلَذُّذُ يَكُونُ بِالْأُمُورِ الْحِسِّيَّةِ، ثُمَّ أَخْرَجَ الْأُمُورَ الْمَعْنَوِيَّةَ بِقَوْلِهِ: التَّلَذُّذُ.

ثُمَّ أَخْرَجَ مِنْ الْحِسِّيَّةِ التَّلَذُّذَ بِالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ بِقَوْلِهِ: بِآدَمِيَّةٍ. وَزَعَمَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ أَنَّهُ أَخْرَجَ بِهِ الْعَقْدَ عَلَى الْجِنِّيَّةِ.

وَفِيهِ عِنْدِي بَعْدَ قَوْلِهِ: غَيْرِ مُوجِبٍ قِيمَتَهَا. أَخْرَجَ بِهِ تَحْلِيلَ الْأَمَةِ إِذَا وَقَعَ بِبَيِّنَةٍ، فَإِنَّهُ يَصْدُقُ عَلَيْهِ أَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مُجَرَّدِ التَّلَذُّذِ بِآدَمِيَّةٍ بِبَيِّنَةٍ، لَكِنَّهُ يُوجِبُ ذَلِكَ التَّلَذُّذُ قِيمَةَ الْآدَمِيَّةِ، وَالْقِيمَةُ فِي الْمُحَلَّلَةِ تَجِبُ بِالتَّلَذُّذِ، وَقِيلَ: بِالْغَيْبَةِ عَلَى الْمُحَلَّلَةِ، وَإِطْلَاقُ مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ يُوجِبُ إِدْخَالَ نِكَاحِ الْخَصِيِّ وَالْمَجْبُوبِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ: بِبَيِّنَةٍ. حَالٌ مِنْ التَّلَذُّذِ، مَعْنَاهُ فِي حَالِ كَوْنِ التَّلَذُّذِ يَكُونُ بِبَيِّنَةٍ قَبْلَ وُجُودِهِ أَخْرَجَ بِهِ صُوَرَ الزِّنَا. اهـ[1].

وَكَتَبَ عَلَيْهِ شَيْخُنَا سَيِّدِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْوَاحِدِ ابْنُ عَاشِرٍ رَحِمَهُ اللهُ -أَعْنِي عَلَى قَوْلِ الرَّصَّاعِ: بِبَيِّنَةٍ حَالٌ مِنْ التَّلَذُّذِ- مَا نَصُّهُ: هَذَا كَلَامٌ غَيْرُ وَاضِحٍ، فَإِنَّ الْمُفْتَقِرَ لِلْبَيِّنَةِ هُوَ الْعَقْدُ لَا التَّلَذُّذُ. اهـ.

ثُمَّ قَالَ الرَّصَّاعُ: قَوْلُهُ: غَيْرُ عَالِمٍ. يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ حَالًا مِنْ الْمُتْعَةِ، وَهُوَ الْمَعْقُودِ

(١) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢١٣.

عَلَيْهِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: عَقْدٌ عَلَى المُتْعَةِ بِآدَمِيَّةٍ فِي حَالِ كَوْنِ المُتْعَةِ غَيْرَ عَالِمٍ عَاقِدُهَا حُرْمَتَهَا، فَهِيَ حَالٌ جَرَتْ عَلَى غَيْرِ مَنْ هِيَ لَهُ، وَيُحْتَمَلُ غَيْرُ بِالرَّفْعِ عَلَى الصِّفَةِ، وَهُوَ الَّذِي يَنْطِقُ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الشُّيُوخِ، وَأَخْرَجَ بِهِ صُورَةَ الْعَقْدِ عَلَى آدَمِيَّةٍ بِالْقُيُودِ المَذْكُورَةِ، وَالْعَاقِدُ عَالِمٌ بِتَحْرِيمِ المُتْعَةِ بِتِلْكَ الآدَمِيَّةِ، كَالْعَقْدِ عَلَى الأُخْتِ وَالْعَمَّةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ المُحَرَّمَاتِ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِنِكَاحٍ، بَلْ حُكْمُهُ حُكْمُ الزِّنَا وَالسِّفَاحِ، فَلاَ يُلْحَقُ فِيهِ وَلَدٌ وَلَا يُدْرَأُ فِيهِ الحَدُّ لِقُوَّةِ الدَّلِيلِ عَلَى التَّحْرِيمِ. هَذَا عَلَى الْقَوْلِ المَشْهُورِ فِي أَنَّ ذَلِكَ مَقْصُورٌ عَلَى مَا حُرِّمَتْ المُتْعَةُ فِيهِ بِكِتَابِ اللهِ تَعَالَى، وَلِذَلِكَ قَالَ: إِنْ حَرَّمَهَا الْكِتَابُ عَلَى المَشْهُورِ[1].

ثُمَّ أَشَارَ إِلَى الْقَوْلِ الآخَرِ: أَنَّ ذَلِكَ لَا يُقْتَصَرُ فِيهِ عَلَى تَحْرِيمِ الْكِتَابِ، بَلْ ذَلِكَ عَامٌّ فِيمَا وَقَعَ تَحْرِيمُهُ بِالْكِتَابِ أَوْ بِغَيْرِهِ، وَهُوَ أَعَمَّ وَأَشْمَلُ مِمَّا حَرَّمَهُ الْكِتَابُ وَحْدَهُ مِمَّا عُدِّدَ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى، وَلِذَلِكَ قَالَ: الإِجْمَاعُ عَلَى الْقَوْلِ الآخَرِ. وَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى الْكِتَابِ، أَيْ أَوْ مَا حَرَّمَهُ الإِجْمَاعُ عَلَى الْقَوْلِ الآخَرِ، وَهُمَا طَرِيقَانِ مَشْهُورَانِ فِي المَذْهَبِ، بَنَوْا عَلَيْهِمْ مَسَائِلَ فِي النِّكَاحِ وَالزِّنَا، كَمَا هُوَ مُقَرَّرٌ فِي مَحِلِّهِ، وَلِنَذْكُر مَا تَمَسُّ الحَاجَةُ إِلَيْهِ فِي فَهْمِ رَسْمِهِ، مِثَالُ ذَلِكَ إِذَا جَمَعَ بَيْنَ المَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، أَوْ نَكَحَ نِكَاحَ مُتْعَةٍ عَالِمًا بِتَحْرِيمِ ذَلِكَ، فَهَلْ يَصْدُقُ عَلَيْهِ أَنَّهُ نِكَاحٌ يَثْبُتُ فِيهِ لَوَازِمُ النِّكَاحِ، أَوْ لَا يَصْدُقُ عَلَيْهِ ذَلِكَ وَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمُ الزِّنَا؟

قَوْلَانِ: المَشْهُورُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ النِّكَاحِ، وَالْقَوْلُ الآخَرُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الزِّنَا، فَالأَوَّلُ يَقُولُ بِعَدَمِ حَدِّهِ وَبِإِلْحَاقِ الْوَلَدِ بِهِ، وَالثَّانِي عَكْسُهُ، فَالأَوَّلُ يُرَاعِي المُحَرَّمَاتِ بِالْكِتَابِ فَقَطْ، وَمَا حُرِّمَ بِالسُّنَّةِ لَا يَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ ذَلِكَ، الثَّانِي يُرَاعِي مَا يَعُمُّ ذَلِكَ، فَإِذَا صَحَّ وَجَبَ أَنْ يَقُولَ: الشَّيْخُ أَوْ الإِجْمَاعُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَقِيلَ: إِنَّمَا صَوَابُهُ بِالْوَاوِ، وَقِيلَ: أَصْلُهُ أَوْ وَالإِجْمَاعُ بِزِيَادَةِ وَاوٍ بَعْدَ أَوْ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ لَا يَقُولُ بِالثَّانِي وَالثَّانِي يَقُولُ بِالأَوَّلِ وَيَزِيدُ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ مَعَ الْوَاوِ[2].

وَبِاعْتِبَارِ النَّاكِحِ النِّكَاحُ ... وَاجِبٌ أَوْ مَنْدُوبٌ أَوْ مُبَاحُ

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٣١٤.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٣١٥.

يَعْنِي أَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ النَّاكِحِ، فَتَعْرِضُ لَهُ أَحْكَامُ الشَّرِيعَةِ الْخَمْسَةِ، إِلَّا أَنَّ النَّاظِمَ لَمْ يَذْكُرْ الْمَكْرُوهَ وَالْحَرَامَ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَحُكْمُ النِّكَاحِ النَّدْبُ مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ، وَقَدْ يَجِبُ عَلَى مَنْ لَا يَنْفَكُّ عَنْ الزِّنَا إِلَّا بِهِ، وَيُكْرَهُ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَشْتَهِيهِ وَيَنْقَطِعُ بِهِ عَنْ عِبَادَتِهِ.

وَفِي الْمُقْنِعِ لِابْنِ بَطَّالٍ: يُكْرَهُ لِمَنْ لَا يَجِدُ الطَّوْلَ وَلَا حِرْفَةَ لَهُ وَلَا صِنَاعَةَ.

ابْنِ بَشِيرٍ: وَيَحْرُمُ عَلَى مَنْ لَا يَخَافُ الْعَنَتَ وَكَانَ يَضُرُّ بِالْمَرْأَةِ لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى الْوَطْءِ أَوْ عَلَى النَّفَقَةِ أَوْ يَكْتَسِبُ مِنْ مَوْضِعٍ لَا يَحِلُّ.

اللَّخْمِيُّ: وَيُبَاحُ لِمَنْ لَا نَسْلَ لَهُ وَلَا أَرَبَ لَهُ فِي النِّسَاءِ، وَأَشَارَ إِلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ مُسَاوِيَةٌ لِلرَّجُلِ فِي هَذِهِ الْأَقْسَامِ.

وَالنِّكَاحُ فِي اللُّغَةِ: التَّدَاخُلُ، يُقَالُ: تَنَاكَحَتْ الْأَشْجَارُ إِذَا دَخَلَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ، وَنَكَحَ الْبَذْرُ الْأَرْضَ.

وَيُطْلَقُ فِي الشَّرْعِ عَلَى الْعَقْدِ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] وَعَلَى الْوَطْءِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَكَثُرَ اسْتِعْمَالُهُ فِي الْعَقْدِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ، وَاخْتُلِفَ فِي إِطْلَاقِهِ عَلَى الْعَقْدِ، فَقِيلَ: بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ. وَقِيلَ: بِطَرِيقِ الْمَجَازِ. وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْمَجَازَ خَيْرٌ مِنْ الِاشْتِرَاكِ.

ثُمَّ قَالَ عَنْ ابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ: وَالْأَقْرَبُ أَنَّهُ حَقِيقَةٌ لُغَةً فِي الْوَطْءِ مَجَازٌ فِي الْعَقْدِ، وَفِي الشَّرْعِ عَلَى الْعَكْسِ. صَحَّ مِنْ التَّوْضِيحِ بِاخْتِصَارٍ وَتَقْدِيمٍ وَتَأْخِيرٍ حَسْبَمَا اقْتَضَاهُ الْمَقَامُ.

ابْنُ سَلْمُونٍ: وَتُسْتَحَبُّ الْخِطْبَةُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ بَعْدَ الْعَصْرِ، وَيُسْتَحَبُّ الْعَقْدُ فِي شَوَّالٍ وَالْبِنَاءُ فِيهِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ فِي شَوَّالٍ، وَبَنَى بِهَا فِي شَوَّالٍ. اهـ.

وَفِي أَوَاخِرِ السِّفْرِ الْأَوَّلِ مِنْ الْمِعْيَارِ فِي الْفَصْلِ الَّذِي عَقَدَهُ لِتَعْدَادِ الْبِدَعِ الْمُسْتَحَبَّةِ وَغَيْرِهَا مَا نَصُّهُ: وَمِنْهَا: كَرَاهَةُ الْجُهَّالِ، وَمَنْ لَا يُعْبَأُ بِهِ عِنْدَنَا الْيَوْمَ عَقْدُ النِّكَاحِ فِي شَهْرِ الْمُحَرَّمِ وَالدُّخُولُ فِيهِ.

قَالَ صَاحِبُ الْمُفْهِمِ: بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَتَمَيَّزَ بِالْعَقْدِ وَالدُّخُولِ فِيهِ تَمَسُّكًا بِمَا عَظَّمَ اللهُ تَعَالَى وَرَسُولُهُ مِنْ حُرْمَتِهِ، وَرَدْعًا لِلْجُهَّالِ عَنْ جَهَالَتِهِمْ.

وَالمَهْـــرُ وَالـــصِّيغَةُ وَالزَّوْجَـــانِ ثُـــمَّ الْـــوَلِيُّ جُمْلَـــةُ الْأَرْكَـــانِ

يَعْنِي أَنَّ أَرْكَانَ النِّكَاحِ خَمْسَةٌ: المَهْرُ وَالصَّدَاقُ وَالصِّيغَةُ الدَّالَّةُ عَلَى المَاهِيَّةِ وَالزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ وَالْوَلِيُّ.

وَنَحْوُهُ قَوْلُ ابْنِ الْحَاجِبِ: أَرْكَانُهُ الصِّيغَةُ وَالْوَلِيّ وَالزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ وَالصَّدَاقُ(١).

وَالتَّحْقِيقُ مَا قَالَهُ الْإِمَامُ الْحَطَّابُ: أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ رُكْنَانِ وَالْوَلِيَّ وَالصِّيغَةَ شَرْطَانِ(٢)، وَأَمَّا الشُّهُودُ وَالصَّدَاقُ فَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يُعَدَّا فِي الْأَرْكَانِ وَلَا فِي الشُّرُوطِ؛ لِوُجُودِ النِّكَاحِ الشَّرْعِيِّ بِدُونِهِمَا، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ أَنْ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ سُقُوطُ الصَّدَاقِ، وَيُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ الدُّخُولِ الْإِشْهَادُ فَتَأَمَّلْهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْإِشْهَادَ فِي الْعَقْدِ مُسْتَحَبٌّ. وَأَمَّا الصَّدَاقُ فَقَالَ الشَّيْخُ يُوسُفُ بْنُ عُمَرَ فِي قَوْلِ الرِّسَالَةِ: وَصَدَاقُ هَذَا شَرْطُ كَمَالٍ فِي الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ لَمْ يَضُرّ كَمَا فِي التَّفْوِيضِ نَعَمْ لَوْ تَعَرَّضُوا لِإِسْقَاطِهِ فَسَدَ النِّكَاحُ وَفُسِخَ قَبْلَ الدُّخُولِ. اهـ. وَعُلِمَ مِنْهُ أَنَّ ذِكْرَ الصَّدَاقِ أَوْلَى مِنْ نِكَاحِ التَّفْوِيضِ. اهـ(٣).

وَفِي الـــدُّخُولِ الْحَـــتْمُ لِلإِشْـــهَادِ وَهُـــوَ مُكَمِّـــلٌ فِي الانْعِقَـــادِ

يَعْنِي أَنَّ الْإِشْهَادَ بِالنِّكَاحِ شَرْطُ صِحَّةٍ فِي الدُّخُولِ وَشَرْطُ كَمَالٍ فِي الانْعِقَادِ، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَيَنْعَقِدُ بِدُونِ إِشْهَادٍ، بَلْ بِحُصُولِ الْإِيجَابِ مِنْ الْوَلِيِّ وَالْقَبُولِ مِنْ الزَّوْجِ بَعْدَ كَوْنِهِ صَحِيحًا مُنْعَقِدًا، فَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عِنْدَ الْعَقْدِ خَوْفَ مَوْتٍ أَوْ نَدَم، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدَا عِنْدَ الْعَقْدِ فَلاَ بَأْسَ، وَلَكِنْ لَا يَدْخُلُ إِلَّا بَعْدَ الْإِشْهَادِ، فَإِنْ دَخَلَ بِغَيْرِ إِشْهَادٍ فُسِخَ النِّكَاحُ بِطَلْقَةٍ بَائِنَةٍ، وَلَا حَدَّ عَلَى الزَّوْجَيْنِ إِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاشِيًّا وَلَوْ عَلِمَا بِوُجُوبِ الْإِشْهَادِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَاشِيًّا حُدَّا وَلَوْ جَهِلاَ وُجُوبَ الْإِشْهَادِ، وَإِذَا فُسِخَ لِدُخُولِهِ قَبْلَ الْإِشْهَادِ، فَتُسْتَبْرَأُ بِثَلاَثِ حِيَضٍ، وَلَهُمَا المُرَاجَعَةُ إِنْ شَاءَا.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٥٥.

(٢) جاء في أحكام ابن سهل: فرائض النكاح ثلاثة: الولي والصداق وشاهدان، وسننه إظهاره. وفي المفيد ما نصه: النكاح يصح بثلاثة شروط: ولي وصداق وشاهدين. وقال المتيطي: فرائض النكاح ثلاثة: الولي والصداق وشاهدا عدل.

(٣) مواهب الجليل ٥/٤٣.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قَالَ سَحْنُونٌ: قُلْت لِابْنِ الْقَاسِمِ: أَرَأَيْت الرَّجُلَ يَعْقِدُ نِكَاحَ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ وَلَا يُحْضِرُ شُهُودًا، أَتَكُونُ هَذِهِ الْعُقْدَةُ صَحِيحَةً؟ قَالَ: نَعَمْ، وَيُشْهِدَانِ فِيمَا يَسْتَقْبِلَانِ، وَهَذَا إذَا لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا، وَمِنْ الْوَاضِحَةِ قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ نَكَحَ وَلَمْ يُشْهِدْ لَمْ يَضُرَّهُ، وَلَكِنَّهُ لَا يَبْنِي حَتَّى يُشْهِدَ.

قَالَ الشَّارِحُ: إنَّ الْمُتَأَخِّرِينَ قَرَّرُوا حُكْمَ الْإِشْهَادِ أَنَّهُ شَرْطٌ فِي الدُّخُولِ، وَلَا يَعْتَبِرُونَ الشُّهْرَةَ الَّتِي هِيَ خَاصِّيَّةُ النِّكَاحِ فِي نَظَرِ الْأَقْدَمِينَ، وَشَدَّدَ الْمُتَأَخِّرُونَ فِي تَحْصِيلِ هَذَا الشَّرْطِ حَتَّى كَانَ عِنْدَهُمْ رُكْنٌ مِنْ الْمَاهِيَّةِ، وَخُلُوُّ بَعْضِ الْأَنْكِحَةِ عَنْهُ مَعَ وُجُودِ الشُّهْرَةِ مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلْوَى، فَتَحْدُثُ مِنْ ذَلِكَ نَوَازِلُ كَثِيرَةٌ، وَفِي كَلَامِ الْمُتَقَدِّمِينَ مَا يُشْعِرُ بِأَنَّ انْصِرَافَ مُعْظَمِ الْقَصْدِ فِي النِّكَاحِ إنَّمَا هُوَ الشُّهْرَةُ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ ابْنُ شَاسٍ فِي جَوَاهِرِهِ: وَلَمْ تَكُنْ أَنْكِحَةُ السَّلَفِ بِإِشْهَادٍ.

وَفِي جَوَابِ الْأُسْتَاذِ أَبُو سَعِيدِ بْنِ لُبٍّ عَنْ مَسَائِلَ مِنْ هَذَا الْمَعْنَى -أَعْنِي الْإِشْهَادَ فِي النِّكَاحِ أَوْ فِي الْمُرَاجَعَةِ مِنْ الطَّلَاقِ- مَا نَصُّهُ: قَدْ ذَكَرَ أَهْلُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْإِعْلَانَ بِالنِّكَاحِ وَشُهْرَتِهِ مَعَ عِلْمِ الزَّوْجِ وَالْوَلِيِّ بِذَلِكَ يَكْفِي وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ إشْهَادٌ، وَهَكَذَا كَانَتْ أَنْكِحَةُ كَثِيرٍ مِنْ السَّلَفِ، وَهَذَا الْمَعْنَى قَدْ حُكِيَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

وَمِمَّا يُنَاسِبُ هَذَا الْمَحِلَّ الْمَسْأَلَةُ الْكَثِيرَةُ الْوُقُوعِ فِي كُلِّ بَلَدٍ وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ، وَقَدْ سُئِلَ عَنْهَا جَمَاعَةٌ مِنْ الْفُقَهَاءِ وَأَجَابُوا عَنْهَا بِأَجْوِبَةٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَمِنْ جُمْلَتِهِمْ آخِرِ الْفُقَهَاءِ وَقُضَاةِ الْعَدْلِ الْفَقِيهُ النَّوَازِلِيُّ أَبُو سَالِمٍ سَيِّدِي إبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْجَلَالِيُّ، فَاعْتَنَى بِالْمَسْأَلَةِ وَجَمَعَ مَا اسْتَحْضَرَ فِيهَا، وَأَلَّفَ فِي ذَلِكَ تَأْلِيفًا سَمَّاهُ بِالْمَسْأَلَةِ الْأَمْلِيسِيَّةِ فِي الْأَنْكِحَةِ الْإِغْرِيسِيَّةِ؛ لِأَنَّ السُّؤَالَ وَرَدَ مِنْ بَلَدِ غَرِيس، وَالْأَمْلِيسُ التَّمْرُ الَّذِي لَا عَجْمَ لَهُ.

وَلَفْظُ السُّؤَالِ: سُئِلْتُ عَنْ عَوَائِدَ جَرَتْ بِبَلَدِ غَرِيسَ وَنَوَاحِيهَا، وَهِيَ أَنْ يُوَجِّهَ الرَّجُلُ أَوْ الْمَرْأَةُ مَنْ يَخْطُبُ لَهُ امْرَأَةً لِنَفْسِهِ أَوْ لِوَلَدِهِ مِنْ الْمَرْأَةِ أَوْ وَلِيِّهَا خَاطِبًا رَجُلاً أَوْ امْرَأَةً، فَيُجَابُ بِالْقَبُولِ وَيَتَوَاعَدُونَ لِلْعَقْدِ الشَّرْعِيِّ فِي لَيْلَةِ الْبِنَاءِ، ثُمَّ يَبْعَثُ لِلْمَرْأَةِ وَوَلِيِّهَا حِنَّاءَ وَحَوَائِجَ تَتَزَيَّنُ بِهَا وَهَدَايَا فِي الْمَوَاسِمِ، وَيُوَلْوِلُ النِّسَاءُ عِنْد الْخِطْبَةِ، وَيُسْمِعُونَ الْجِيرَانَ أَنَّ فُلَانًا تَزَوَّجَ فُلَانَةَ، وَيَشْتَهِرُ ذَلِكَ عِنْدَهُمْ، ثُمَّ يَطْرَأُ عِنْدَ الْبِنَاءِ وَالْعَقْد تَنَازُعٌ وَتَنَافُرٌ بَيْنَهُمْ أَوْ مَوْتُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، فَهَلْ تَثْبُتُ الزَّوْجِيَّةُ بِتِلْكَ الْعَادَةِ، وَيُحْكَمُ بِصِحَّتِهَا عَلَى الْمُنْكِرِ، وَتُبْنَى عَلَيْهِ أَحْكَامُهَا مِنْ الْإِرْثِ وَتَحْرِيمِ مَنْكُوحَاتِ الْآبَاءِ

وَحلائِلِ الْأَبْنَاءِ، وَيَتَنَزَّل ذَلِكَ كُلُّهُ مَنْزِلَةَ نِكَاحِ التَّفْوِيضِ أَوْ لاَ؟ بَيِّنُوا لَنَا ذَلِكَ بَيَانًا شَافِيًا وَلَكُمُ الْأَجْرُ وَالسَّلاَمُ. اهـ.

وَفِي عَادَةِ أَهْلِ فَارِسَ -زِيَادَةٌ عَلَى مَا ذُكِرَ- أَنَّهُ إِذَا حَصَلَ الْإِيجَابُ مِنْ وَلِيِّ الزَّوْجَةِ، يَتَوَاعَدُ أَهْلُ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجِ لِيَوْمٍ وَوَقْتٍ يَجْتَمِعُونَ فِيهِ يُسَمُّونَهُ كَمَالُ الْعَطِيَّةِ، وَيَأْتِي أَهْلُ الزَّوْجِ مَعَهُمْ بِمَنْ لَهُ وَجَاهَةٌ مِنَ الشُّرَفَاءِ وَغَيْرِهِمْ مِمَّنْ لَهُ الْوَجَاهَةُ، وَيَجْتَمِعُونَ فِي الْمَسْجِدِ، فَيَسْمَعُ الْحَاضِرُونَ مِنْ وَلِيِّ الزَّوْجَةِ إِنْكَاحَ وَلِيَّتِهِ لِفُلاَنٍ، وَيَسْمَعُونَ مِنْ وَلِيِّ الزَّوْجِ أَوْ مِمَّنْ نَابَ عَنْهُ الْقَبُولَ، وَيُعَيِّنُونَ الصَّدَاقَ إِمَّا جِهَارًا أَوْ بَيْنَ أَوْلِيَاءِ الزَّوْجَيْنِ، وَيَقْرَءُونَ الْفَاتِحَةَ وَيَنْصَرِفُونَ، وَلَا يَحْضُرُ الزَّوْجُ حَيَاءً، وَلَا يُشْهِدُ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَقَعُ مَوْتٌ لِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ نَدَمٌ، فَيَحْتَجُّ الزَّوْجُ أَوْ وَرَثَتُهُ بِأَنَّهُ لَمْ يَحْضُرْ، وَيَدَّعِي أَنَّهُ لَمْ يُوَافِقْ.

فَأَجَابَ سَيِّدِي إِبْرَاهِيمُ الْمَذْكُورُ بِمَا نَصُّهُ مَعَ اخْتِصَارِ مَا أَمْكَنَ اخْتِصَارُهُ: وَذَلِكَ أَنَّ الْعَادَةَ الْمَذْكُورَةَ إِنْ كَانَتْ جَارِيَةً عِنْدَهُمْ مَجْرَى الْعَقْدِ الْمُصْطَلَحِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَهْلِ التَّوْثِيقِ، بِحَيْثُ يُرَتِّبُونَ عَلَى تِلْكَ الْأُمُورِ مِنْ إِرْسَالِ الْحِنَّاءِ وَغَيْرِهَا آثَارَ النِّكَاحِ، وَجَرَتْ الْأَحْكَامُ عِنْدَهُمْ بِذَلِكَ، وَتَقَرَّرَتْ أَنَّ الْإِشْهَادَ الْوَاقِعَ مِنْهُمْ لَيْلَةَ الدُّخُولِ لَيْسَ هُوَ إِلَّا لِلتَّحْصِينِ مِنَ النِّزَاعِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ أَجَلِهِ وَحُلُولِهِ، وَلِبَيَانِ مَا قُبِضَ مِنَ الْمَهْرِ وَمَا لَمْ يُقْبَضْ، وَإِنَّ قَوْلَ السَّائِلِ: وَيَتَوَاعَدُونَ لِلْعَقْدِ الشَّرْعِيِّ فِي لَيْلَةِ الْبِنَاءِ أَنَّ ذَلِكَ الْوَعْدَ إِنَّمَا هُوَ لِلتَّحْصِينِ الْمَذْكُورِ، فَهَذَا لَا إِشْكَالَ فِيهِ عِنْدَ الْقَائِلِ بِهِ أَنَّ تِلْكَ الْعَادَةَ يُحْكَمُ بِهَا، وَيُلْزَمُ الْمُتَعَاقِدَانِ بِهَا، وَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْعَادَةُ الْمَذْكُورَةُ إِنَّمَا هِيَ عِنْدَهُمْ تَوْطِئَةً لِلْعُقْدَةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي يَتَوَاعَدُونَ إِلَيْهَا لَيْلَةَ الْبِنَاءِ، وَأَنَّهُمْ لَا إِلْزَامَ بَيْنَهُمْ بِمَا يَقَعُ مِنَ الْأَحْوَالِ الْمَذْكُورَةِ، وَأَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ أَمَارَاتٌ عَلَى مَيْلِ كُلٍّ مِنَ الْجِهَتَيْنِ إِلَى الْأُخْرَى، وَأَنَّ تَنْجِيزَ ذَلِكَ لَا يَقَعُ بَيْنَهُمْ إِلَّا عِنْدَ الْإِشْهَادِ الَّذِي يَقَعُ لَيْلَةَ الدُّخُولِ، وَعَلَى هَذِهِ الْحَالَةِ تَقَرَّرَتْ عَادَتُهُمْ، يَعْرِفُهَا الْخَاصُّ وَالْعَامُّ، فَهَذَا أَيْضًا لَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ اللُّزُومِ بِذَلِكَ، وَأَنَّ تِلْكَ الْقَرَائِنَ وَالْأَوْصَافَ إِنَّمَا هِيَ أَمَارَاتٌ عَلَى الْعَقْدِ الْمُنْبَرِمِ.

وَالْأَمَارَاتُ عَلَى الشَّيْءِ هِيَ غَيْرُ ذَلِكَ الشَّيْءِ قَطْعًا، وَإِذَا كَانَتِ الْعَادَةُ هَكَذَا، فَلاَ يُمْكِنُ أَنْ يُخْتَلَفَ فِي عَدَمِ اللُّزُومِ بِتِلْكَ الْعَوَائِدِ وَعَدَمِ تَرَتُّبِ الْآثَارِ عَلَيْهَا، وَأَمَّا إِنْ جُهِلَتْ عَادَةُ الْبَلَدِ، بِحَيْثُ إِنَّ تِلْكَ الْأُمُورَ تَقَعُ بَيْنَهُمْ كَمَا وُصِفَ، فَإِنْ سُئِلُوا عَنْ عَادَتِهِمْ هَلْ مُرَادُهُمُ الْعَقْدُ الْمُبْرَمُ اللاَّزِمُ أَوِ الْوَعْدُ وَالْأَمَارَةُ؟ وَأَمَّا الانْبِرَامُ فَإِنَّمَا يَقَعُ لَيْلَةَ الْبِنَاءِ،

فَلَمْ يُحَرِّرُوا شَيْئًا مِنْ عَادَتِهِمْ، فَهَذَا هُوَ مَحَلُّ الْإِشْكَالِ عَلَى مَاذَا يُحْمَلُ هَلْ عَلَى الِانْبِرَامِ أَوْ الْحِلِّ؟ وَلَعَلَّ هَذَا الْقِسْمَ هُوَ مَحَلُّ الْخِلَافِ كَمَا يَأْتِي، فَمَنْ قَالَ: إِنَّهَا تَتَنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الْعَقْدِ الْمُبْرَمِ، يَقُولُ: إِنَّ الْأَرْكَانَ الْمَذْكُورَةَ فِي النِّكَاحِ كُلَّهَا حَاصِلَةٌ فِي الْوَاقِعِ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْنَى، وَأَنَّ ذَلِكَ أَقْوَى فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ الْفِعْلِيَّةَ أَقْوَى مِنَ الدَّلَالَةِ الْقَوْلِيَّةِ، وَمَنْ قَالَ: إِنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى الصِّفَةِ الْمَذْكُورَةِ مُتَعَبَّدٌ بِهِ لَا يَقُومُ غَيْرُهُ مِمَّا يَقَعُ، وَيَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهُ دَلَالَةً وَاضِحَةً مَقَامَهُ، وَلَا بُدَّ مِنَ الصِّفَةِ الْمَعْهُودَةِ عَلَيْهِ يَقُولُ الْأَوْصَافُ الْمَذْكُورَةُ غَيْرُ الْعَقْدِ، فَلَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا حُكْمٌ، وَعَلَى هَذَا يُتَنَزَّلُ اخْتِلَافُ فَتَاوَى الشُّيُوخِ، فَأَفْتَى جَمَاعَةٌ بِلُزُومِ النِّكَاحِ مِنْهُمْ السَّيِّدُ الشَّرِيفُ الْمَزْدَغِيُّ[1].

قَالَ فِي الْمِعْيَارِ: وَسَأَلَ عَنْ يَتِيمَةٍ عَقَدَ عَلَيْهَا أَخُوهَا النِّكَاحَ بِغَيْرِ وَكَالَةٍ مِنْهَا لَهُ، غَيْرَ أَنَّ النَّاسَ حَضَرُوا وَطَلَبُوهُ وَأَعْطَاهُمْ وَأَكَلُوا طَعَامًا فِي الْوَقْتِ وَقَامَتْ الْوَلَاوِلُ وَذَلِكَ مُنْذُ عَامَيْنِ، وَلَمْ يَسْمَعُوا مِنَ الْبِنْتِ الْمَذْكُورَةِ إِنْكَارًا وَلَا قَبُولًا إِلَى الْآنَ، وَقَبْلَهُ بِمُدَّةٍ أَنْكَرَتْ ذَلِكَ وَقَالَتْ: لَمْ أُوَافِقْ. فَقَالَ لَهَا زَوْجُهَا الَّذِي أَرَادَ تَزْوِيجَهَا: أَرْسَلْتُ إِلَيْكِ الْحِنَّاءَ وَالصَّابُونَ وَالْفَاكِهَةَ فِي الْحَاجُوزِ وَالْأَعْيَادِ عَلَى عَادَةِ النَّاسِ حِينَ يَتَزَوَّجُونَ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي الْإِمْلَاكِ، وَهَلْ إِذَا ثَبَتَ هَذَا وَشَهِدَ عَلَيْهَا أَنَّهَا كَانَتْ تَعْلَمُ أَنَّ الْحِنَّاءَ مِنْ عِنْدِهِ وَكَذَا الْفَاكِهَةَ، يَكُونُ سُكُوتُهَا رِضًا مِنْهَا بِالزَّوَاجِ أَمْ لَا حَتَّى يَسْمَعَ مِنْهَا الْإِشْهَادَ بِالْوَكَالَةِ وَالرِّضَا بِالْمَهْرِ وَنَقْدِهِ وَكَالَتَهُ، فَبَيِّنُوا لَنَا ذَلِكَ كُلَّهُ بَيَانًا شَافِيًا مَشْكُورِينَ مَأْجُورِينَ.

فَأَجَابَ: الْجَوَابُ وَاللهُ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ وَالْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ عَمَّا ذُكِرَ أَعْلَاهُ أَنَّ الْبِنْتَ الْمَذْكُورَةَ إِنْ أَكَلَتْ مِنْ تِلْكَ الْفَاكِهَةِ وَغَسَلَتْ بِذَلِكَ الصَّابُونِ أَوْ صَبَغَتْ بِتِلْكَ الْحِنَّاءِ وَصَدَقَتْ طُولَ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ، فَذَلِكَ كُلُّهُ يَدُلُّ عَلَى قَبُولِهَا النِّكَاحَ، مَعَ أَنَّ تَهْنِئَةَ النَّاسِ لَهَا مَعَ سُكُوتِهَا وَتَسْمِيَتِهَا بِامْرَأَةِ فُلَانٍ وَلَمْ تُنْكِرْ يَكْفِي فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، فَهِيَ بِمَا ذُكِرَ زَوْجَتُهُ، وَاللهُ الْمُوَفِّقُ، وَكَتَبَ مُحِبُّكُمْ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْحَسَنِي، لَطَفَ اللهُ بِهِ. اهـ.

وَأَفْتَى جَمَاعَةٌ بِعَدَمِ اللُّزُومِ، مِنْهُمْ الْإِمَامُ أَبُو الْعَبَّاسِ الْبَقِّيُّ، قَالَ فِي الْمِعْيَارِ: وَسُئِلَ أَبُو

---

(١) محمد بن يوسف بن عمران المزدغي –نسبة إلى مزدغة قبيلة من البربر–، أبو عبد الله، فقيه أصولي، متكلم، مفسر، مشارك في العلوم العقلية والنقلية، ولد سنة ٦٢٣ هـ، وتوفي بفاس في ١٤ ربيع الأول سنة ٦٥٥ هـ، من آثاره: تفسير القرآن انتهى فيه إلى سورة الفتح، وأنوار الأفهام في شرح الأحكام. انظر: معجم المؤلفين ١٢/١٣٣.

الْعَبَّاسِ سَيِّدِي أَحْمَدُ الْبَقِّيُّ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ رَجُلٍ خَطَبَ بِنْتًا يَتِيمَةً مِنْ أَخِيهَا، وَاتَّفَقُوا عَلَى التَّزْوِيجِ بِعَدَدٍ مَعْلُومٍ وَحَوَائِجَ مُعْتَبَرَةٍ، وَحَضَرُوا بِمَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَعُمِلَ لَهَا طَعَامٌ وَأَكَلُوا دُونَ أَنْ تَقَعَ بَيْنَهُمْ شَهَادَةٌ، وَأَعْطَاهَا أَيْضًا الْعَصْفَةَ وَأَلْقَتْهَا فِي رَأْسِهَا، وَعُمِلَ لَهَا طَعَامٌ أَيْضًا وَمَشَى الرَّجُلُ مَعَ الْفُرْسَانِ فِي حِينِ السَّفَرِ لِلْغَزْوِ فِي الْأَيَّامِ الْمَاضِيَةِ وَمَضَى كَيْفَ قُضِيَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ أُسِرَ. وَقَامَ الْآنَ أَهْلُ الْبِنْتِ يُرِيدُونَ تَزْوِيجَهَا لِغَيْرِهِ، فَمَا الْحُكْمُ فِي ذَلِكَ بِوَاجِبِ الشَّرْعِ؟ فَهَلْ يَحِلُّ الْعَقْدُ عَلَيْهَا لِغَيْرِهِ أَمْ لَا؟ فَأَجَابَ بَعْدَ الصَّدْرِ: تَأَمَّلْتُ مَكْتُوبَكُمْ، وَالَّذِي يَكُونُ عَلَيْهِ عَمَلُكُمْ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنْ لَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا، وَبِذَلِكَ جَرَتْ عَادَةُ الْمُفْتِينَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقَعْ إِشْهَادٌ فَلَا نِكَاحَ بِوَجْهٍ وَلَا تَوَارُثَ وَلَا عِدَّةَ، وَذَلِكَ كُلُّهُ إِنَّمَا هُوَ مَنُوطٌ بِالْإِشْهَادِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ إِشْهَادٌ فَلَا نِكَاحَ، وَقَدْ كَانَ شَيْخُنَا سَيِّدِي إِبْرَاهِيمُ بْنُ فَتُّوحٍ يَسْتَشْكِلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ، وَلَا سِيَّمَا إِذَا عَظُمَ التَّرَاكُنُ فِيهَا مِثْلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، فَهَذَا مَا عِنْدِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِنَا وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ مِنْ كَاتِبِهِ أَحْمَدَ الْبَقِّيِّ، وَفَّقَهُ اللهُ. اهـ بِلَفْظِهِ.

فَقَوْلُهُ رَحِمَهُ اللهُ: وَبِهَذَا جَرَتْ عَادَةُ الْمُفْتِينَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ. هُوَ كَذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ عَنِ ابْنِ سِرَاجٍ[1] وَالسَّرَقُسْطِيِّ، وَأَمَّا قَوْلُهُ: إِذَا لَمْ يَقَعْ إِشْهَادٌ فَلَا نِكَاحَ. فَلْيُنْظَرْ مَعَ قَوْلِهِمْ: إِنَّ الْإِشْهَادَ مُسْتَحَبٌّ عِنْدَ الْعَقْدِ شَرْطٌ فِي الدُّخُولِ فَقَطْ، وَالْمُفْتُونَ بِمَا ذُكِرَ لَمْ يُعَلِّلُوا ذَلِكَ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ، وَإِنَّمَا عَلَّلُوهُ بِفَقْدِ الصِّيغَةِ. فَتَأَمَّلْ ذَلِكَ. اهـ.

وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي شَرْحِ الْبَيْتِ بَعْدَ هَذَا، وَهَذَا مَا أَمْكَنَ جَلْبُهُ فِي هَذَا الْمَحَلِّ، وَمَنْ أَرَادَ تَتَبُّعَ الْمَسْأَلَةِ وَأَجْوِبَتِهَا وَمَا قِيلَ فِيهَا، فَلْيُرَاجِعْ التَّأْلِيفَ الْمَذْكُورَ الْمُسَمَّى بِالْمَسْأَلَةِ الْأَمْلِيسِيَّةِ فِي الْأَنْكِحَةِ الْمُنْعَقِدَةِ عَلَى عَادَةِ الْبَلَدِ الْإِغْرِيسِيَّةِ لِسَيِّدِي إِبْرَاهِيمَ الْجِلَالِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَنَفَعَ بِهِ، وَهُوَ تَأْلِيفٌ عَجِيبٌ فِي نَحْوِ خَمْسَ عَشْرَةَ وَرَقَةً فِي الْقَالِبِ الْكَبِيرِ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ سَمَحَ اللهُ لَهُ: وَقَدْ سُئِلَ شَيْخُنَا الْإِمَامُ الْعَالِمُ الْحَافِظُ أَبُو

---

(١) الإمام العلامة، قاضي الجماعة، أبو القاسم، سراج بن عبد الله بن محمد بن سراج الأموي، الأندلسي، القرطبي، المالكي، قاضي قرطبة، ولي القضاء بضع عشرة سنة، فحمد إلى الغاية، ولا حفظت عليه سقطة، وهو والد عبدالملك بن سراج إمام اللغة، كان فقيهًا صالحًا خيرًا حليمًا، على منهاج السلف، عاش ستًا وثمانين سنة، ومات في شوال سنة ٤٥٦ هـ. انظر: الصلة: ١/ ٢٢٦، وبغية الملتمس ٣٠٤، والمغرب في حلي المغرب ١/ ١٦١، وشجرة النور الزكية ١/ ١١٨.

الْعَبَّاسِ سَيِّدِي أَحْمَدُ الْمَقْرِي التِّلْمِسَانِيُّ ثُمَّ الْفَاسِيُّ[١] عَنْ هَذِهِ النَّازِلَةِ، وَمِمَّا ذُكِرَ فِي السُّؤَالِ أَنَّ الزَّوْجَ فَعَلَ عَادَةَ أَهْلِهِ مِنْ تَحْنِيَةِ يَدَيْهِ، وَجَاءَ الْعِيدُ فَبَعَثَ لِلزَّوْجَةِ كَبْشًا، وَكَانَ عَازِمًا عَلَى الْبِنَاءِ وَالْعُرْسِ فَاخْتَرَمَتْهُ الْمَنِيَّةُ.

فَأَجَابَ بِمَا نَصُّهُ: أَنَّ هَذِهِ النَّازِلَةَ اخْتَلَفَتْ فِيهَا آرَاءُ الْأَئِمَّةِ وَفَتَاوِيهِمْ، فَالَّذِي أَفْتَى بِهِ الشَّرِيفُ الْمَزْدَغِيُّ أَنَّ مِثْلَ هَذَا النِّكَاحُ صَحِيحٌ فِي أَحْكَامِهِ ثَابِتَةٌ، وَالَّذِي أَفْتَى بِهِ الشَّيْخُ الْبَقِّيُّ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِشْهَادِ وَلَا تَكْفِي عَنْهُ الْهَدِيَّةُ وَالتَّهْنِئَةُ وَالْحِنَّاءُ وَنَحْوُهَا، قَائِلاً: إِنَّهُ الَّذِي أَفْتَى بِهِ الْأَشْيَاخُ، وَإِنِ اسْتَشْكَلَهُ الْإِمَامُ ابْنُ فَتُّوحٍ قَائِلاً: إِنَّ مِثْلَ ذَلِكَ يَكْفِي فِي انْعِقَادِ النِّكَاحِ، وَاللهُ أَعْلَمُ، وَكَتَبَ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْمَقْرِي. اهـ.

وَالظَّاهِرُ مَا أَفْتَى بِهِ الشَّرِيفُ مِنْ لُزُومِ النِّكَاحِ وَتَرْتِيبِ أَحْكَامِهِ، وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِقَوْلِهِمْ: مَنْ زَوَّجَ ابْنَهُ الْبَالِغَ أَوْ أَجْنَبِيًّا، فَقَدْ نَقَلَ فِي التَّوْضِيحِ عَنْ صَاحِبِ النُّكَتِ وَاللَّخْمِيِّ: أَنَّهُ إِنْ طَالَ سُكُوتُهُ بَعْد عَقْدِ النِّكَاحِ، زَادَ اللَّخْمِيُّ وَقَبْلَ التَّهْنِئَةِ عَلَى جَرْيِ الْعَادَةِ؛ لَزِمَهُ النِّكَاحُ. قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَيَغْرَمُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، وَلَا يُمَكَّنُ مِنْهَا لِإِقْرَارِهِ أَنَّهَا غَيْرُ زَوْجَتِهِ. قَالَ صَاحِبُ النُّكَتِ: وَعَرَضْته عَلَى بَعْضِ شُيُوخِنَا فَصَوَّبَهُ. اهـ.

وَإِلَى اللُّزُومِ فِي هَذِهِ النَّازِلَةِ وَمَا أَشْبَهَهَا أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ طَالَ كَثِيرًا لَزِمَ[٢].

فَالصِّيغَةُ النُّطْقُ بِمَا كَأَنْكَحَا   مِنْ مُقْتَضٍ تَأَبُّدًا مُسْتَوْضَحَا

لَمَّا عَدَّ الْأَرْكَانَ جُمْلَةً وَأَلْحَقَ بِهَا مَا هُوَ شَرْطٌ فِي الدُّخُولِ لَا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، رَجَعَ إِلَى

---

(١) أحمد بن محمد بن أحمد بن يحيى،أبو العباس المقري التلمساني، المؤرخ الأديب الحافظ، صاحب (نفح الطيب في غصن الأندلس الرطيب) في تاريخ الأندلس السياسي والأدبي، ولد ونشأ في تلمسان (بالمغرب) عام ٩٩٢ هـ، وانتقل إلى فاس، فكان خطيبها والقاضي بها، ومنها إلى القاهرة عام ١٠٢٧ هـ، وتنقل في الديار المصرية والشامية والحجازية، وتوفي بمصر ودفن في مقبرة المجاورين عام ١٠٤٠ هـ. وقيل: توفي بالشام مسمومًا، عقب عودته من إسطنبول (كما في تقييد في التراجم) والمقري نسبة إلى مقرة (بفتح الميم وتشديد القاف المفتوحة) من قرى تلمسان. له (أزهار الرياض في أخبار القاضي عياض) و(روضة الأنس العاطرة الأنفاس في ذكر من لقيته من علماء مراكش وفاس) و(عرف النشق في أخبار دمشق) و(زهر الكمامة في العمامة). انظر: خلاصة الأثر ١/٣٠٢، وتعريف الخلف ١/٤٤، والبستان ١٥٥، وآداب اللغة ٣/٣٠١، واليواقيت الثمينة ٢٩، ومعجم المؤلفين ٢/٧٨.

(٢) مختصر خليل ص ٩٩.

الْكَلَامَ عَلَى تِلْكَ الْأَرْكَانِ تَفْصِيلاً، فَأَخْبَرَ أَنَّ الصِّيغَةَ الَّتِي هِيَ أَحَدُ الْأَرْكَانِ الْخَمْسَةِ، هِيَ التَّلَفُّظِ بِـ«أَنْكَحْتُ وَزَوَّجْت» وَنَحْوِهَا مِمَّا يَقْتَضِي تَمْلِيكُ عِصْمَةَ وَلِيَّتِهِ عَلَى التَّأْبِيدِ لِنَاكِحِهَا، وَأَدْخَلَ الْكَافَ عَلَى أُنْكِحَكَ إِشَارَةٌ إِلَى عَدَمِ قَصْرِهَا عَلَى صِيغَةٍ مَخْصُوصَةٍ.

قَالَ الْقَاضِي عَبْدُ الْوَهَّابِ: يَنْعَقِدُ بِكُلِّ لَفْظٍ دَالٍ عَلَى التَّمْلِيكِ أَبَدًا كَالْبَيْعِ(١).

وَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: الصِّيغَةُ مِنْ الْوَلِيِّ لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى التَّأْبِيدِ مُدَّةَ الْحَيَاةِ، كَأَنْكَحْتُ وَزَوَّجْت وَمَلَّكْت وَبِعْت، وَكَذَلِكَ وَهَبْت بِتَسْمِيَةِ الصَّدَاقِ، وَمِنْ الزَّوْجِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ(٢).

وَقَالَ الْمُقْرِي فِي كُلِّيَّاتِهِ الْفِقْهِيَّةِ: كُلُّ عَقْدٍ فَالْمُعْتَبَرُ فِي انْعِقَادِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهُ لَا صِيغَةٍ مَخْصُوصَةٍ، وَيَخْتَلِفُ فِي الْمُحْتَمَلِ حَيْثُ يَقَعُ النُّكُولُ.

قَالَ الشَّارِحُ: لَمْ تَزَلْ الْفُتْيَا صَادِرَةً عَنْ شَيْخِنَا أَبِي الْقَاسِمِ ابْنِ سِرَاجٍ -أَبْقَى اللهُ بَرَكَتَهُ- بِعَدَمِ التَّوَارُثِ مَهْمَا مَاتَ الزَّوْجَيْنِ فِي الْأَنْكِحَةِ الْمُنْعَقِدَةِ فِي الْجِهَةِ الشَّرْقِيَّةِ الَّتِي يَتَأَخَّرُ فِيهَا الْكَتْبُ وَالْإِشْهَادُ لِلدُّخُولِ، وَيُقَدِّمُونَ فِيهَا دِينَارًا وَاحِدًا مِنْ الصَّدَاقِ وَيُسَمُّونَهُ الْمَوْزُونَ، وَيَعْتَلُّ لِقَوْلِهِ بِعَدَمِ الْمِيرَاثِ فِيهِ بِأَنَّهُ فَاتَ فِيهِ الصِّيغَةُ، وَمَا زَالَ الْأَصْحَابُ يُرَاجِعُونَهُ فِي ذَلِكَ بِالْبَحْثِ، وَهُوَ عَلَى أَوَّلِهِ فِي فُتْيَاهُ بِذَلِكَ، وَإِذَا رُوجِعَ قَوْلُ الْمُقْرِي الْمَنْقُولُ آخِرًا، وَقَوْلُ عَبْدِ الْوَهَّابِ الْمَنْقُولِ أَوَّلًا؛ يَظْهَرُ أَنَّ تِلْكَ الْأَنْكِحَةَ غَيْرُ خَالِيَةٍ مِنْ الصِّيغَةِ بِوَجْهٍ. اهـ.

وَرُبْعُ دِينَارٍ أَقَلُّ الْمُصْدَقِ ... وَلَيْسَ لِلأَكْثَرِ حَدٌّ مَا ارْتَقَى

أَوْ مَا بِهِ قُوِّمَ أَوْ دَرَاهِمُ ... ثَلَاثَةٌ فَهِيَ لَهُ تُقَاوِمُ

وَقَدْرُهَا بِالدِّرْهَمِ السَّبْعِينِيِّ ... نَحْوٌ مِنْ الْعِشْرِينَ فِي التَّبْيِينِ

وَيَنْبَغِي فِي ذَاكَ الِاحْتِيَاطُ ... بِخَمْسَةٍ بِقَدْرِهَا تُنَاطُ

تَكَلَّمَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ عَلَى بَعْضِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالصَّدَاقِ أَحَدِ الْأَرْكَانِ الْمَذْكُورَةِ، وَقَدْ اشْتَمَلَتْ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

---

(١) التاج والإكليل ٣/ ٤٢٠، ومواهب الجليل ٥/ ٤٦.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٥٥.

الْأُولَى: بَيَانُ قَدْرِ الصَّدَاقِ كَمْ هُوَ بِاعْتِبَارِ أَقَلِّهِ وَأَكْثَرِهِ مِنْ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَالْعَرُوضِ، فَأَخْبَرَ أَنَّ أَقَلَّهُ رُبْعُ دِينَارٍ شَرْعِيٌّ مِنْ الذَّهَبِ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ أَيْضًا شَرْعِيَّةٌ مِنْ الْفِضَّةِ، أَوْ مَا يُسَاوِي رُبْعَ دِينَارٍ يَعْنِي أَوْ مَا يُسَاوِي ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ أَيْضًا مِنْ الْعَرُوضِ، وَأَمَّا أَكْثَرُهُ فَلَا حَدَّ لَهُ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ.

الثَّانِيَةُ: بَيَانُ كَمْ فِي ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ شَرْعِيَّةٍ مِنْ الدَّرَاهِمِ الْجَارِيَةِ؛ إذْ ذَاكَ فِي الْبِلَادِ الْأَنْدَلُسِيَّةِ، فَأَخْبَرَ أَنَّ الْعِشْرِينَ مِنْهَا أَوْ نَحْوِهَا هُوَ قَدْرُ الثَّلَاثَةِ الدَّرَاهِمِ الشَّرْعِيَّةِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَيَنْبَغِي الِاحْتِيَاطُ بِزِيَادَةِ خَمْسَةِ دَرَاهِمَ عَلَى الْعِشْرِينَ لِيُتَحَقَّقَ وَيُتَيَقَّنَ قَدْرُ الثَّلَاثَةِ دَرَاهِمَ، خَوْفَ أَنْ يَكُونَ فِي الْعِشْرِينَ نَقْصٌ أَوْ غِشٌّ، فَيَنْقُصُ الصَّدَاقُ عَنْ أَقَلِّهِ شَرْعِيًّا، فَيَزُولُ ذَلِكَ الْخَوْفُ بِتِلْكَ الزِّيَادَةِ.

فَقَوْلُهُ: «أَوْ مَا بِهِ قُوِّمَ» أَيْ بِرُبْعِ دِينَارٍ وَهُوَ عَطْفٌ عَلَى رُبْعٍ. وَقَوْلُهُ: «أَوْ دَرَاهِمُ» عَطْفٌ عَلَى «مَا» وَ«ثَلَاثَةٌ» نَعْتٌ لِدَرَاهِمَ، وَضَمِيرُ «فَهِيَ» لِلثَّلَاثَةِ، وَضَمِيرُ «لَهُ» لِرُبْعِ دِينَارٍ، وَمَعْنَى «تُقَاوِمُهُ» أَيْ: تُعَادِلُهُ وَتُسَاوِيهِ فِي كَوْنِهَا أَقَلَّ الصَّدَاقِ، وَضَمِيرُ «قَدْرِهَا» لِلثَّلَاثَةِ دَرَاهِمَ، وَهُوَ مُبْتَدَأٌ خَبَرُهُ نَحْوُ الْإِشَارَةِ بِذَلِكَ لِلصَّدَاقِ الَّذِي بِتِلْكَ الدَّرَاهِمِ دَلَّ عَلَيْهِ السِّيَاقُ، وَ«بِخَمْسَةٍ» يَتَعَلَّقُ بِالِاحْتِيَاطِ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ؛ أَيْ بِزِيَادَةِ خَمْسَةٍ عَلَى الْعِشْرِينَ، وَ«بِقَدْرِهَا» يَتَعَلَّقُ بِـ«تُنَاطُ» وَالضَّمِيرُ فِي «بِقَدْرِهَا» لِلثَّلَاثَةِ دَرَاهِمَ، وَنَائِبُ «تُنَاط» لِلْخَمْسَةِ وَالْعِشْرِينَ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: وَمِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: وَأَقَلُّ الصَّدَاقِ مِنْ الذَّهَبِ رُبْعُ دِينَارٍ، وَمِنْ الْوَرِقِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، وَمِنْ الْعَرُوضِ مَا قِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ.

وَمِنْ الْمُقَرِّبِ: قُلْت لَهُ أَرَأَيْت مَنْ تَزَوَّجَ بِعَرْضٍ قِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ أَوْ تَزَوَّجَ مِنْ دِرْهَمَيْنِ، فَقَالَ: لَا أَرَى لِأَحَدٍ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَقَلَّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ، فَإِنْ فَعَلَ كَانَ النِّكَاحُ جَائِزًا، وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ: أَكْمِلْ لَهَا رُبْعَ دِينَارٍ. فَإِنْ رَضِيَ، وَإِلَّا فُسِخَ النِّكَاحُ إنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا أَكْمَلَ لَهَا رُبْعَ دِينَارٍ. اهـ.

وَقَالَ غَيْرُ وَاحِدٍ: تَقْدِيرُ الصَّدَاقِ بِمَا ذُكِرَ هُوَ مَقِيسٌ عَلَى أَقَلِّ مَا تُقْطَعُ فِيهِ الْيَدُ فِي السَّرِقَةِ عِنْدَ مَالِك.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَأَقَلُّهُ الْمَشْهُورُ رُبْعُ دِينَارٍ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ أَوْ مَا قِيمَتُهُ أَحَدُهُمَا، وَقِيلَ: أَوْ مَا

قِيمَتُهُ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ فَقَطْ[(١)].

قَالَ الشَّارِحُ: فَتَخْصِيصُ الشَّيْخِ تَقْوِيمَ الْعَرْضِ بِرُبْعِ دِينَارٍ يَدُلُّ عَلَى اعْتِمَادِهِ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ، إِذَا لَا قَائِلَ بِالاقْتِصَارِ عَلَى تَقْوِيمِ الْعَرْضِ بِرُبْعِ دِينَارٍ، وَإِنَّمَا هُمَا قَوْلَانِ تَعْمِيمُ التَّقْوِيمِ بِرُبْعِ دِينَارٍ وَبِالثَّلَاثَةِ دَرَاهِمَ، وَتَخْصِيصُ التَّقْوِيمِ بِالدَّرَاهِمِ.

قَالَ الشَّارِحُ مَا مَعْنَاهُ: إِنَّ بَعْضَهُمْ سَأَلَ عَنْ تَحْقِيقِ نِصَابِ الزَّكَاةِ بِتَحْقِيقِ دِرْهَمِنَا السَّبْعِينِيِّ مِنْ الدِّرْهَمِ الشَّرْعِيِّ. فَأَجَابَ وَقَالَ: يَتَحَصَّلُ مِنْهُ أَنَّ الدِّرْهَمَ الشَّرْعِيَّ فِيهِ مِنْ دَرَاهِمِنَا سِتَّةُ دَرَاهِمَ وَثَلَاثَةُ أَعْشَارِ الدِّرْهَمِ. اهـ.

وَلَا شَكَّ أَنَّك إِذَا ضَرَبْت سِتَّةً وَثَلَاثَةَ أَعْشَارٍ فِي ثَلَاثَةٍ كَانَ الْخَارِجُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَتِسْعَةَ أَعْشَارٍ؛ فَلِذَلِكَ قَالَ النَّاظِمُ: إِنَّ قَدْرَ ذَلِكَ بِتِلْكَ الدَّرَاهِمِ عِشْرُونَ دِرْهَمًا بِتَقْرِيبٍ.

وَمِنْهُ مَا سُمِّيَ أَوْ مَا فُوِّضَا ... فِيهِ وَحَتْمًا لِلدُّخُولِ فُرِضَا

يَعْنِي أَنَّ النِّكَاحَ يَكُونُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

نِكَاحُ تَسْمِيَةٍ، وَهُوَ أَنْ يُسَمِّيَ الصَّدَاقَ فِي الْعَقْدِ كَمَا يُسَمِّيَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ فِيهِ مِنْ الْمُكَارَمَةِ وَعَدَمِ الاسْتِقْصَاءِ مَا لَا يَجُوزُ فِي الثَّمَنِ.

الْوَجْهُ الثَّانِي: نِكَاحُ التَّفْوِيضِ، وَهُوَ كَمَا قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: مَا عُقِدَ دُونَ تَسْمِيَةِ مَهْرٍ وَلَا إِسْقَاطِهِ وَلَا صَرْفِهِ لِحُكْمِ أَحَدٍ[(٢)]. وَأَخْرَجَ بِالْقَيْدِ الْأَخِيرِ نِكَاحَ التَّحْكِيمِ.

قَالَ الرَّصَّاعُ: يَرِدُ عَلَيْهِ مَا إِذَا جَرَتْ عَادَةٌ بِمَهْرٍ فِي عُرْفٍ وَوَقَعَ الْعَقْدُ وَلَمْ تَقَعْ تَسْمِيَةٌ، فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ التَّفْوِيضِ، وَنُقِلَ ذَلِكَ عَنْ اللَّخْمِيِّ، وَنَقَلَ الْمَازِرِيُّ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ التَّسْمِيَةِ. اهـ[(٣)].

وَفِي الرِّسَالَةِ: وَنِكَاحُ التَّفْوِيضِ جَائِزٌ أَنْ يَعْقِدَاهُ وَلَا يَذْكُرَانِ صَدَاقًا[(٤)].

وَيَتَحَتَّمُ فَرْضُ الصَّدَاقِ بِالدُّخُولِ، فَلَا يَدْخُلُ إِلَّا بَعْدَ فَرْضِهِ وَتَقْدِيرِهِ، عَلَى هَذَا نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «**وَحَتْمًا لِلدُّخُولِ فُرِضَا**».

وَفِي الرِّسَالَةِ إِثْرَ مَا تَقَدَّمَ: ثُمَّ لَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَفْرِضَ لَهَا[(١)].

---

(١) منح الجليل ٣/ ٤٣٦.

(٢) الفواكه الدواني للنفراوي ٣/ ٩٨٩، ومواهب الجليل ٥/ ١٩٧.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٣٥٢.

(٤) رسالة القيرواني ص ٩٢.

وَفِي الْمُقَرَّبِ: فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَشَرَةٍ مِنَ الْإِبِلِ أَوْ مِنَ الْبَقَرِ أَوْ مِنَ الْغَنَمِ، كَانَ لَهَا وَسَطٌ مِنَ الْأَسْنَانِ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ وَلَمْ يَصِفْهُ وَلَمْ يَضْرِبْ لَهُ أَجَلاً، فَعَلَيْهِ عَبْدٌ وَسَطٌ حَالًّا، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، فَإِنْ سَمَّوْا فِي السِّرِّ مَهْرًا وَفِي الْعَلاَنِيَةِ مَهْرًا، قَالَ: ذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَ مَالِكٍ، وَيُؤْخَذُ بِمَهْرِ السِّرِّ إِنْ كَانُوا أَشْهَدُوا عَلَيْهِ عُدُولًا.

وَفِي الْمُقَرَّبِ أَيْضًا: قُلْت فَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَلَمْ يَفْرِضْ لَهَا صَدَاقًا أَيَجُوزُ ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَيَفْرِضُ لَهَا صَدَاقَ مِثْلِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ يَفْرِضَ لَهَا، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَتَرَاضَيَا عَلَى صَدَاقٍ، فَلاَ صَدَاقَ لَهَا وَلَهَا الْمُتْعَةُ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَتَرَاضَيَا، فَلاَ مُتْعَةَ لَهَا وَلَا صَدَاقَ وَلَهَا الْمِيرَاثُ.

وَفِيهِ: قُلْت: وَأَيُّ شَيْءٍ التَّفْوِيضُ عِنْد مَالِكٍ؟ قَالَ: أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: أَنْكَحْنَاك. وَلَمْ يُسَمُّوا الصَّدَاقَ. قُلْت لَهُ: فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَلَمْ يَفْرِضْ لَهَا؟ وَقَالَ: لَا أَفْرِضُ إِلَّا بَعْدَ الْبِنَاءِ. فَقَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَبْنِي بِهَا حَتَّى يَفْرِضَ لَهَا صَدَاقَ مِثْلِهَا، إِلَّا أَنْ تَرْضَى لَهُ بِدُونِ ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ تَرْضَ إِلَّا بِصَدَاقِ مِثْلِهَا؛ لَزِمَهُ ذَلِكَ إِنْ أَرَادَ إِمْسَاكَهَا. اهـ[٢].

وَفِي الرِّسَالَةِ: إِنْ دَخَلَ بِهَا لَزِمَهُ صَدَاقُ الْمِثْلِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَفَرَضَ لَهَا صَدَاقَ مِثْلِهَا لَزِمَهَا، وَإِنْ فَرَضَ لَهَا أَقَلَّ فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ[٣].

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَمَهْرُ الْمِثْلِ مَا يَرْغَبُ بِهِ مِثْلِهِ فِيهَا بِاعْتِبَارِ دِينٍ وَجَمَالٍ وَحَسَبٍ وَمَالٍ وَبَلَدٍ وَأُخْتٍ شَقِيقَةٍ أَوْ لِأَبٍ وَعَمَّةٍ لَا أُمٍّ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَفِيهَا وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ، فَقَدْ يُزَوَّجُ فَقِيرٌ لِقَرَابَتِهِ وَأَجْنَبِيٌّ لِمَالِهِ، فَلَيْسَ مَهْرُهُمَا سَوَاءً[٤].

وَكُلُّ مَا يَصِحُّ مِلْكًا يُمْهَرُ ... إِلَّا إِذَا مَا كَانَ فِيهِ غَرَرُ

يَعْنِي أَنَّ كُلَّ مَا يَصِحُّ مِلْكُهُ فَإِنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِ غَرَرٌ كَالْعَبْدِ الْآبِقِ وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ وَالثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا **لَا** يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ كَوْنُهُ صَدَاقًا، وَقَدْ يُفْهَمُ مِنَ اسْتِثْنَائِهِ «مَا فِيهِ غَرَرٌ» أَنَّ مَا شَارَكَهُ فِي كَوْنِهِ **لَا** يُبَاعُ

---

(١) رسالة القيرواني ص ٩٢.

(٢) المدونة ٢/١٦٣.

(٣) رسالة القيرواني ص ٩٢.

(٤) جامع الأمهات ص ٢٨٠.

لَا يَجُوزُ كَوْنُهُ صَدَاقًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَرٌ كَالضَّحِيَّةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَالزَّيْتِ النَّجَسِ وَجِلْدِ الْمَيْتَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

قَالَ ابْنُ زَرْقُونٍ[١] فِي الْمَنْهَجِ السَّالِكِ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا إِلَّا مَا يَجُوزُ مِلْكُهُ وَبَيْعُهُ.

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَشَرْطُهُ كَوْنه مُنْتَفَعًا بِهِ لِلزَّوْجَةِ مُتَمَوَّلًا. اهـ[٢]. وَيُفْهَمُ: كَوْنُهُ مُنْتَفَعًا بِهِ مُتَمَوَّلًا. مِنْ تَحْدِيدِ أَقَلِّ الصَّدَاقِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَإِنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ مُتَمَوَّلٌ، وَلَا يُؤْخَذُ كَوْنُهُ مُتَمَوَّلًا مِنْ قَوْلِهِ: «وَكُلُّ مَا يَصِحُّ مِلْكًا» لِأَنَّ الْمِلْكَ أَعَمُّ، فَقَدْ يَكُونُ مَالًا وَغَيْرَ مَالٍ كَعِصْمَةِ الزَّوْجَةِ، فَإِنَّهَا مِلْكٌ لِلزَّوْجِ وَلَيْسَتْ بِمَالٍ.

وَالْمَهْرُ وَالصَّدَاقُ مَا قَدْ أَصْدَقَا ... وَفِي الْكِتَابِ بِالْمَجَازِ أُطْلِقَا

يَعْنِي أَنَّ الْعِوَضَ الَّذِي يُعْطِيه الزَّوْجُ لِلزَّوْجَةِ وَيُصْدِقُهَا إِيَّاهُ يُسَمَّى فِي الْعُرْفِ مَهْرًا وَيُسَمَّى صَدَاقًا، وَأَمَّا إِطْلَاقُ الصَّدَاقِ عَلَى الْكِتَابِ -أَيْ الْمَكْتُوبِ- الَّذِي فِيهِ الشَّهَادَةُ عَلَى النِّكَاحِ، فَإِنَّمَا هُوَ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ لَا الْحَقِيقَةِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ[٣]: وَالصَّدَاقُ مَا يَبْذُلُهُ الزَّوْجُ لِلزَّوْجَةِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، وَهُوَ الْمَهْرُ أَيْضًا، وَقَدْ يُسَمَّى بَعْضُ الْكِتَابِ الْمَكْتُوبِ الَّتِي تَقَعُ فِيهِ الشَّهَادَةُ بِالنِّكَاحِ صَدَاقًا، وَذَلِكَ تَجَوُّزٌ، وَإِنَّمَا يُسَمَّى ذَلِكَ كِتَابُ الصَّدَاقِ أَوْ كِتَابُ النِّكَاحِ وَالصَّدَاقُ هُوَ الْمَبْذُولُ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) الْمُتَبَادَرُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ اللُّغَةِ لَا مِنْ الْأَحْكَامِ الَّتِي قُصِدَتْ فِي النَّظْمِ، إِنَّمَا

---

(١) محمد بن سعيد بن أحمد الأنصاري، أبو عبد الله، ابن زرقون، فقيه مالكي عارف بالحديث، أندلسي، ولد في شريش سنة ٥٠٢ هـ، واستقر بإشبيلية، ومات بها سنة ٥٨٦ هـ، قال الذهبي: كان مسند الأندلس في وقته، ولي قضاء شلب وقضاء سبتة، وحمدت سيرته ونزاهته، له (جوامع أنوار المنتقى والاستذكار) لابن عبد البر، في شرح الموطأ. انظر: التكملة لابن الأبار ٢/ ٥٤٠، والعبر ٤/ ٢٥٨، ودول الإسلام ٢/ ٧٣، والوافي بالوفيات ٣/ ١٠٢، وغاية النهاية ٢/ ١٤٣، والنجوم الزاهرة لابن تغري بردي ٦/ ١١٢.

(٢) التاج والإكليل ٣/ ٤٩٩، ومواهب الجليل ٥/ ١٨٨.

(٣) عبد الله بن علي بن عبد الله بن علي، ابن سلمون الكناني، أبو محمد، فاضل أندلسي، ولد بغرناطة عام ٦٦٩ هـ، وقرأ بها وبمالقة وبسبتة، وتصوف بفاس، توفي في وقعة طريف سنة ٧٤١ هـ. له (الشافي في تحرير ما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافي) في فروع المالكيه، و(الوثائق) كان المعول عليها في الأندلس والمغرب وتونس و(العقد المنظم للحكام). انظر: شجرة النور ٢١٤، وتاريخ ابن خلدون ٧/ ٢٦١.

ذِكْرِهَا لِتَأَكُّدِ مَعْرِفَتِهَا لِأَهْلِ التَّوْثِيقِ.

وَيُكْـــرَهُ النِّكَـــاحُ بِالْمُؤَجَّـــلِ إِلَّا إِذَا مَـــا كَـــانَ مَـــعَ مُعَجَّـــلِ

يَعْنِي أَنَّهُ يُكْرَهُ أَنْ يُعْقَدَ النِّكَاحُ ابْتِدَاءً عَلَى صَدَاقٍ مُؤَجَّلٍ -أَيْ كُلُّهُ- بِدَلِيلِ قَوْلِهِ: «إِلَّا إِذَا مَا كَانَ مَعَ مُعَجَّلٍ». أَيْ: إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُؤَجَّلُ مَعَ مُعَجَّلٍ، فَإِنْ دَخَلَا عَلَى أَنَّ بَعْضَهُ مُعَجَّلٌ وَبَعْضَهُ مُؤَجَّلٌ فَلَا كَرَاهَةَ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَ مَالِكٌ بِكَرَاهَتِهِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَكَرِهَ مَالِكٌ الْمُؤَجَّلَ، وَقَالَ: إِنَّمَا الصَّدَاقُ فِيمَا مَضَى نَاجِزٌ كُلُّهُ، فَإِنْ وَقَعَ شَيْءٌ مِنْهُ مُؤَخَّرًا فَلَا أُحِبُّ طُولَهُ. اهـ[١].

وَفِي الْمُقَرَّبِ: قَالَ سَحْنُونٌ: قُلْت لَهُ: فَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِدَنَانِيرَ مُسَمَّاةٍ نَقْدًا وَبِدَنَانِيرَ إِلَى سَنَةٍ. فَقَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لَا يُعْجِبُنِي هَذَا النِّكَاحُ، وَلَيْسَ هُوَ نِكَاحَ مَنْ أَدْرَكْنَا[٢].

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فَإِنْ وَقَعَ النِّكَاحُ هَكَذَا أَجَزْتُهُ وَكَانَ لِلزَّوْجِ إِذَا أَتَى بِالْمُعَجَّلِ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا وَيَكُونُ الْمُؤَجَّلُ إِلَى أَجَلِهِ[٣].

وَأَمَـــدُ الْكَـــوَالِئِ الْمُعَيَّنَـــهْ سِـــتَّةُ أَشْـــهُرٍ لِعِـــشْرِينَ سَـــنَهْ

بِحَـــسَبِ الْمُهُـــورِ فِي الْمِقْـــدَارِ وَنِـــسْبَةِ الْأَزْوَاجِ وَالْأَقْـــدَارِ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ فِي أَجَلِ الْكَالِئِ -أَيِ الْمُؤَخَّرِ- مِنَ الصَّدَاقِ، أَنْ يَكُونَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْعَقْدِ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً، وَذَلِكَ بِحَسَبِ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ: كَثْرَةِ الْمَهْرِ وَقِلَّتِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «بِحَسَبِ الْمُهُورِ فِي الْمِقْدَارِ». وَبِحَسَبِ صِغَرِ الزَّوْجَيْنِ وَكِبَرِهِمَا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَنِسْبَةُ الْأَزْوَاجِ». وَلَوْ قَالَ: وَسِنِّ الْأَزْوَاجِ وَالْأَقْدَارِ. لَكَانَ أَبْيَنَ. وَبِحَسَبِ ضِعَةِ الْأَقْدَارِ وَارْتِفَاعِهَا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَالْأَقْدَارُ».

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ: قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: رَأْيِي فِيهِ -يَعْنِي فِي الْكَالِئِ- الْعِشْرُونَ سَنَةً فَمَا دُونَ ذَلِكَ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَهُوَ مَفْسُوخٌ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَأَنَا مَعَكَ عَلَى هَذَا. فَأَقَامَ ابْنُ وَهْبٍ عَلَى رَأْيِهِ وَرَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ فَقَالَ: لَا أَفْسَخُهُ إِلَى الْعِشْرِينَ وَلَا إِلَى الثَّلَاثِينَ وَلَا إِلَى الْأَرْبَعِينَ، وَأَفْسَخُهُ فِيمَا هُوَ فَوْقَ ذَلِكَ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧٧.

(٢) المدونة ٢/ ١٣٠.

(٣) المدونة ٢/ ١٣٠، ولكن الراجح الكراهة مطلقًا، وهو الذي يدل عليه قول خليل وابن الحاجب.

وَلِأَصْبَغَ فِي الْعُتْبِيَّةِ: يَجُوزُ فِي الْعِشْرِينَ فَأَقَلَّ. وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُوَازَنَةِ، وَفِي الْمُتَيْطِيَّةِ.

وَقَالَ ابْنُ لُبَابَةَ فِي وَثَائِقِهِ: إِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا وَالزَّوْجَةُ صَغِيرَةً وَالْبِنَاءُ يَتَأَخَّرُ، قُيِّدَ فِي أَجَلِ الْكَالِئِ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً وَنَحْوِهَا. وَفِيهَا أَيْضًا: وَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ الْأَزْوَاجُ وَالزَّوْجَاتُ وَعَلَى الْأَقْدَارِ وَالْحَالَاتِ.

فصل في الأولياء وما يترتب في الولاية

قَوْله: «فِي الْأَوْلِيَاءِ». عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ؛ أَيْ فِي أَحْكَامِ الْأَوْلِيَاءِ، يَعْنِي مِنْ تَعْيِينِ مَنْ لَهُ الْوِلَايَةُ، وَمَنْ لَا وِلَايَةَ لَهُ، وَمِنْ تَرْتِيبِهِمْ، وَمَنْ لَهُ الْجَبْرُ مِنْهُمْ، وَمَنْ لَا جَبْرَ لَهُ، وَمِنْ ذِكْرِ شُرُوطِ الْوَلِيِّ، وَالَّذِي يَتَرَتَّبُ عَلَى الْوِلَايَةِ كَتَوْكِيلِ الْمَالِكَةِ وَالْوَصِيَّةِ مَنْ يَعْقِدُ نِكَاحَ أَمَتِهَا أَوْ مَحْجُورَتِهَا، وَالْمُرَادُ بِالْوَلِيِّ إِذَا أُطْلِقَ وَلِيُّ الْمَرْأَةِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ هُنَا، وَكَذَا وَلِيُّ الزَّوْجِ إِذَا كَانَ رَقِيقًا أَوْ مَحْجُورًا كَمَا يَأْتِي، وَالْأَوْلِيَاءُ جَمْعُ وَلِيٍّ، وَهُوَ كَمَا قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: الْوَلِيُّ مَنْ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ مِلْكٌ أَوْ أُبُوَّةٌ أَوْ تَعْصِيبٌ أَوْ إِيصَاءٌ أَوْ كَفَالَةٌ أَوْ سَلْطَنَةٌ أَوْ ذُو إِسْلَامٍ[1].

فَقَوْلُهُ: عَلَى الْمَرْأَةِ. يَشْمَلُ الْحُرَّةَ وَالْأَمَةَ وَقَوْلُهُ: أَوْ تَعْصِيبٌ. كَالْأَخِ شَقِيقًا أَوْ لِأَبٍ وَكَذَا الْعَمُّ. وَقَوْلُهُ: أَوْ إِيصَاءٌ. أَيْ مَنْ أُسْنِدَ إِلَيْهِ الْإِيصَاءُ، أَيْ كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ أَبٌ أَوْ وَصِيٌّ. وَقَوْلُهُ: أَوْ سَلْطَنَةٌ. يَعْنِي مَنْ تَقَرَّرَ عَلَيْهَا نَظَرٌ مِنْ السُّلْطَانِ وَهُوَ الْقَاضِي. وَقَوْلُهُ: أَوْ ذُو إِسْلَامٍ. هُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ: مَنْ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ. وَهُوَ أَعَمُّ الْوِلَايَاتِ.

وَعَاقِدٌ يَكُونُ حُرًّا ذَكَرَا ... مُكَلَّفًا وَالْقُرْبُ فِيهِ اُعْتُبِرَا

تَقَدَّمَ أَنَّ الْوَلِيَّ أَحَدُ أَرْكَانِ النِّكَاحِ، وَذَكَرَ هُنَا أَنَّ الْوَلِيَّ الَّذِي يَعْقِدُ النِّكَاحَ عَلَى وَلِيَّتِهِ يُشْتَرَطُ فِيهِ شُرُوطٌ، وَهِيَ الْحُرِّيَّةُ وَالذُّكُورِيَّةُ وَالتَّكْلِيفُ، وَيَنْدَرِجُ فِيهِ الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْقُرْبُ مِنْ الْمَرْأَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا النِّكَاحُ، بِحَيْثُ لَا يَكُونُ ثَمَّ مَنْ هُوَ أَحَقُّ بِعَقْدِ نِكَاحِهَا مِنْهُ؛ لِئَلاَّ يَكُونَ مِنْ إِنْكَاحِ الْوَلِيِّ الْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَبِ مِنْهُ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ وَفِيهِ تَفْصِيلٌ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: لِلْوَلِيِّ ثَمَانِيَةُ شُرُوطٍ، سِتَّةٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا وَاثْنَانِ مُخْتَلَفٌ فِيهِمَا، فَالسِّتَّةُ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا: أَنْ يَكُونَ حُرًّا بَالِغًا عَاقِلاً ذَكَرًا حَلاَلًا مُسْلِمًا؛ أَعْنِي إِذَا كَانَتْ وَلِيَّتُهُ مُسْلِمَةً، فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُسْلِمَةٍ فَلاَ يُشْتَرَطُ إِسْلاَمُهُ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ نِكَاحَ وَلِيَّتِهِ الْكَافِرَةِ لِمُسْلِمٍ، وَالِاثْنَانِ الْمُخْتَلَفُ فِيهِمَا: أَنْ يَكُونَ رَشِيدًا عَدْلًا، وَتَكَلَّمَ ابْنُ الْحَاجِبِ عَلَيْهَا كُلِّهَا، وَمُرَادُهُ بِالرَّقِيقِ الْقِنُّ وَمَنْ فِيهِ شَائِبَةُ حُرِّيَّةٍ. اهـ.

وَقَدْ زَادَ ابْنُ الْحَاجِبِ عَلَى النَّاظِمِ كَوْنَهُ حَلاَلًا مُسْلِمًا رَشِيدًا عَدْلًا، وَانْفَرَدَ النَّاظِمُ

---

(١) حاشية العدوي ٢/ ٤٩، والفواكه الدواني ٣/ ٩٤٦.

بِاشْتِرَاطِ قُرْبِهِ مِنْ الْمَرْأَةِ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ مُقَيِّدُهُ عَفَا اللهُ عَنْهُ: وَقَدْ كُنْت جَمَعْت الشُّرُوطَ الْمَذْكُورَةَ فِي التَّوْضِيحِ فِي بَيْتَيْنِ وَهُمَا:

شَرْطُ الْوَلِيِّ عَقْدٌ ذُكُورَةٌ حَلاَلٌ ... وَمُسْلِمٌ حُرٌّ بُلُوغٌ وَالْكَمَالُ

فِي الرُّشْدِ قُلْ ثُمَّ عَدَالَةٌ تُرَى ... وَفِيهِمَا خُلْفٌ وَإِلَّا لَا امْتِرَا

ثُمَّ ذَيَّلْتهمَا بِمَا زَادَ ابْنُ الْحَاجِبِ فَقُلْت:

وَكَوْنُهُ أَقْرَبَ خَوْفَ عَقْدِ مَنْ ... بَعُدَ مَعَ وُجُودِ أَقْرَبِ قَمِنْ

وَهَذَا الشَّرْطُ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِمْ فِي حَقِّ الْوَلِيِّ مَنْ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ تَعْصِيبٌ.

(فَرْعٌ) اُخْتُلِفَ فِي وِلَايَةِ النِّكَاحِ، هَلْ هِيَ حَقٌّ لِلْمَرْأَةِ فَلاَ يَعْقِدُ عَلَيْهَا الْوَلِيُّ إلَّا بِتَفْوِيضٍ مِنْهَا لَهُ عَلَى ذَلِكَ مَا عَدَا الْأَبَ -وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ-؟ أَوْ هِيَ حَقُّ الْوَلِيِّ فَلَهُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ تَفْوِيضِهَا -وَهُوَ لِابْنِ حَبِيبٍ-؟ حَكَاهُمَا فِي التَّوْضِيحِ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي الْمُقَرَّبِ: قُلْت لَهُ أَرَأَيْت إنْ اخْتَلَفَ الْأَوْلِيَاءُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، فَقَالَ: قَالَ مَالِكٌ: إنْ كَانُوا فِي الْعَقْدِ سَوَاءً نَظَرَ السُّلْطَانُ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَعْدَلَ مِنْ بَعْضٍ فَالْأَعْدَلُ أَوْلَى.

وَالسَّبْقُ لِلْمَالِكِ فَابْنٍ فَأَبِ ... فَالْأَخِ فَابْنِهِ فَجَدِّ النَّسَبِ

فَالْأَقْرَبِينَ بَعْدُ بِالتَّرْتِيبِ ... بِحَسَبِ الدُّنُوِّ فِي التَّعْصِيبِ

لَمَّا ذَكَرَ شُرُوطَ الْوَلِيِّ ذَكَرَ هُنَا تَرْتِيبَهُمْ إنْ تَعَدَّدُوا، فَأَخْبَرَ أَنَّ الْمَالِكَ -أَيْ السَّيِّدَ- مُقَدَّمٌ عَلَى سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ، ثُمَّ يَلِيه الِابْنُ، ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ بَعُدَ، ثُمَّ الْأَبُ، ثُمَّ الْأَخُ، ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ، ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ، وَلِهَذَا قَالَ: «فَجَدُّ النَّسَبِ». وَاحْتَرَزَ بِهِ مِنْ الْجَدِّ لِلْأُمِّ، فَإِنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ إلَّا إذَا كَانَ مِنْ الْعُصْبَةِ، ثُمَّ بَعْدَ الْجَدِّ الْعَمُّ، ثُمَّ ابْنُهُ، وَلِذَلِكَ قَالَ: «فَالْأَقْرَبِينَ بَعْدَ...» الْبَيْتِ. وَمَنْ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ كَالْأَخَوَيْنِ وَالْعَمَّيْنِ وَأَبْنَائِهِمْ، يُقَدَّمُ الشَّقِيقُ مِنْهُمْ عَلَى الَّذِي لِلْأَبِ، وَنَحْوِهِ قَوْلُ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَقُدِّمَ ابْنٌ فَابْنُهُ... إلَخْ[1].

(١) مختصر خليل ص ٩٧.

(تَنْبِيهَانِ):

الْأَوَّلُ: إِنَّمَا يُقَدَّمُ الابْنُ عَلَى الْأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْأَبُ جَدَّدَ عَلَيْهَا الْحَجْرَ فِي وَقْتٍ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ فَعَلَ فَالْأَبُ مُقَدَّمٌ عَلَى الابْنِ، كَمَا أَنَّ الْوَصِيَّ مُقَدَّمٌ عَلَى الابْنِ.

الثَّانِي: بَقِيَ عَلَى الْمُؤَلِّفِ مِنْ الْأَوْلِيَاءِ الْمَوْلَى الْأَعْلَى -أَيْ الْمُعْتِقُ بِكَسْرِ التَّاءِ- وَفِي كَوْنِ الْأَسْفَلِ وَلِيًّا قَوْلَانِ -وَهُوَ الْمُعْتَقُ بِفَتْحِهَا-، ثُمَّ بَعْدَهُ الْكَافِلُ، ثُمَّ الْقَاضِي، ثُمَّ وِلَايَةُ الْإِسْلَامِ، فَتُوَكِّلُ رَجُلاً مِنْ الْمُسْلِمِينَ بِعَقْدِ نِكَاحِهَا، وَفِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ تَفْصِيلٌ، وَذَلِكَ إِذَا تُعُدِّيَ عَلَى الْوَلِيِّ فَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ غَيْرُ مَنْ لَهُ تَزْوِيجُهَا، فَأَمَّا أَنْ يَتَعَدَّى عَلَيْهِ أَجْنَبِيٌّ أَوْ وَلِيٌّ أَبْعَدُ مِنْهُ، وَالْوَلِيُّ الَّذِي تُعُدِّيَ عَلَيْهِ إِمَّا مُجْبِرًا أَوْ غَيْرَ مُجْبِرٍ. أُنْظُرْ التَّوْضِيحَ. وَفِي وِلَايَةِ الْكَافِلِ فُرُوعٌ، فَمَنْ أَرَادَ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ بِالْمُطَوَّلَاتِ.

وَقَدْ أَطَالَ الشَّارِحُ هُنَا بِجَوَابِ سُؤَالٍ سُئِلَ عَنْهُ الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ، وَهُوَ أَنَّ صَبِيَّةً زَوَّجَهَا خَالُهَا مَعَ وُجُودِ عَمٍّ شَقِيقٍ لَهَا وَعِلْمٌ بِالنِّكَاحِ، وَفُهِمَ مِنْهُ الرِّضَا بِهِ وَلَمْ يَعْقِدْهُ هُوَ وَلَا وَكَّلَ عَلَى عَقْدِهِ وَالصَّبِيَّةُ دَنِيَّةٌ وَبَنَى بِهَا زَوْجُهَا وَأَقَامَ مَعَهَا نَحْوَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثُمَّ أَرَادَ مُرَاجَعَتَهَا عِنْدَ الْقَاضِي، فَرَأَى أَنَّ النِّكَاحَ مَفْسُوخٌ، فَرَدَّ الْمَرْأَةَ إِلَى صَدَاقِ مِثْلِهَا وَأَلْغَى الطَّلَاقَ الْوَاقِعَ وَلَمْ يَعْتَدَّ بِهِ. فَأَجَابَ: بِأَنَّ هَذَا النِّكَاحَ عَقَدَهُ وَلِيٌّ عَامٌّ مَعَ وُجُودِ وَلِيٍّ خَاصٍّ، قَالَ: وَلَا اعْتِبَارَ بِرِضَا الْعَمِّ إِذَا لَمْ يَتَوَلَّ الْعَقْدَ وَلَا قَدَّمَ مَنْ يَتَوَلَّاهُ. ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ الْحَاجِّ فِي نَوَازِلِهِ فِي نِكَاحٍ عَقَدَ الْخَالِ مَعَ حُضُورِ الْأَخِ الشَّقِيقِ وَرِضَاهُ دُونَ تَقْدِيمٍ مِنْهُ، فَقَالَ: لَيْسَ حُضُورُ الْأَخِ عَقْدَ النِّكَاحِ وَرِضَاهُ بِعَقْدِ الْخَالِ بِشَيْءٍ، وَحُضُورُهُ كَغَيْبَتِهِ إِذَا لَمْ يَتَوَلَّ الْعَقْدَ وَلَمْ يُقَدِّمْ، وَإِنَّمَا يُرَادُ أَنْ يَتَوَلَّى الْعَقْدَ أَوْ يُقَدِّمُ غَيْرَهُ، وَأَمَّا إِنْ تَوَلَّى غَيْرُهُ بِغَيْرِ اسْتِخْلَافِهِ فَلَا، وَإِنْ كَانَ هُوَ حَاضِرًا فَهُوَ كَعَدَمِهِ.

ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ قَدْ بَلَغَتْ وَاسْتُؤْمِرَتْ، فَفِي الْمَسْأَلَةِ سِتَّةُ أَقْوَالٍ فِي الْمَذْهَبِ: الْخِيَارُ لِلْوَلِيِّ فِي إِمْضَاءِ النِّكَاحِ أَوْ فَسْخِهِ بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ لِوَلِيَّتِهِ، إِلَّا أَنْ يَطُولَ وَتَلِدَ الْأَوْلَادَ فَيَمْضِي النِّكَاحُ مَاضٍ بِالْعَقْدِ، يَفْسَخُ وَإِنْ أَجَازَهُ، الْوَلِيُّ الدُّخُول فُوِّتَ يُفْسَخُ أَبَدًا وَإِنْ تَطَاوَلَ وَوَلَدَتْ الْأَوْلَادَ، وَالتَّفْرِقَةُ بَيْنَ الدَّنِيَّةِ فَيَصِحُّ وَيَنْظُرُ فِي ذَاتِ الْقَدْرِ.

وَاخْتَارَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ اللَّخْمِيُّ أَنَّهُ نِكَاحٌ صَحِيحُ الْعَقْدِ بِوِلَايَةٍ صَحِيحَةٍ، لَكِنْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِوَلِيٍّ آخَرَ قَالَ: وَمِمَّا يُؤَيِّدُ ذَلِكَ تَفْرِقَةُ مَالِكٍ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ قَوْلِهِ: بَيْنَ الدَّنِيَّةِ وَغَيْرِهَا، فَثَبَتَ بِهَذَا أَنَّ ذَلِكَ فِي ذَاتِ النَّسَبِ مِنْ حَقِّ الْوَلِيِّ لَا مِنْ حَقِّ اللهِ تَعَالَى،

فَإِنْ وَضَعَتْ نَفْسَهَا فِيمَنْ هُوَ كُفْءٌ لَهَا مَضَى نِكَاحُهَا، وَتَقْوَى صِحَّةُ النِّكَاحِ فِي هَذِهِ النَّازِلَةِ بِثَلاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ المَرْأَةَ دَنِيَّةٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الخَالَ قَدْ قِيلَ فِيهِ: إِنَّهُ وَلِيٌّ مِنْ أَوْلِيَاءِ النَّسَبِ، وَكَذَلِكَ الأَخُ لِلأُمِّ ذَكَرَ أَنَّهَا رِوَايَةٌ لِعَلِيِّ بْنِ زِيَادٍ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّ رِضَا الْوَلِيِّ الأَقْرَبِ وَعِلْمَهُ مِمَّا يُسْقِطُ خِيَارَهُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ لَهُ الخِيَارَ، فَلا يَبْقَى لَهُ فِي النِّكَاحِ مَقَالٌ بَعْدَ أَنْ عَلِمَ بِهِ وَرَضِيَهُ. ذَكَرَهُ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا، أُنْظُرْ تَمَامَ كَلامِهِ، وَنَقَلَ فِي آخِرِهِ عَنْ عَبْدِ المَلِكِ بْنِ حَبِيبٍ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ الأَقْرَبُ حَاضِرًا يَعْلَمُ أَنَّ غَيْرَهُ عَقَدَ عَلَى وَلِيَّتِهِ فَلَمْ يَتَكَلَّمْ وَلَمْ يُغَيِّرْ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُحْمَلُ مِنْهُ عَلَى الرِّضَا وَالتَّسْلِيمِ، وَهُوَ خِلافُ مَا تَقَدَّمَ عَنِ ابْنِ الحَاجِّ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَصَحَّ بِهَا فِي دَنِيَّةٍ مَعَ خَاصٍّ لَمْ يُجْبَرْ[1]. فَتَعْبِيرُهُ بِالصِّحَّةِ يُؤْذِنُ بِعَدَمِ جَوَازِ الإِقْدَامِ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً، وَضَمِيرُ «بِهَا» فِي كَلامِهِ لِلْوِلايَةِ الْعَامَّةِ.

وَلِلْوَصِيِّ الْعَقْدُ قَبْلَ الأُولِيَا ... وَقِيلَ بَعْدَهُمْ وَمَا إِنْ رَضِيَا

وَبَعْضٌ اسْتَحَبَّ لِلْوَصِيِّ ... أَنْ يُسْنِدَ الْعَقْدَ إِلَى الْوَلِيِّ

يَعْنِي أَنَّ وَصِيَّ الأَبِ أَوْلَى بِالْعَقْدِ عَلَى مَحْجُورَتِهِ مِنْ أَوْلِيَائِهَا وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمْ، وَقِيلَ: إِنَّهُمْ مُقَدَّمُونَ عَلَيْهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ المَاجِشُونِ، وَاسْتَحَبَّ بَعْضُهُمْ وَهُوَ ابْنُ السَّلِيمِ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُسْنِدَ الْعَقْدَ حَتَّى يُخْرِجَ مِنْ هَذَا الخِلافِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي إِنْكَاحِ ذَاتِ الْوَصِيِّ مِنْ قِبَلِ الأَبِ، فَقَالَ مَالِكٌ: إِنَّ الْوَصِيَّ أَوْلَى بِإِنْكَاحِهَا مِنَ الأَوْلِيَاءِ، فَإِنْ زَوَّجَهَا أَحَدُ الأَوْلِيَاءِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَصِيِّ، فَسَخَهُ الْوَصِيُّ مَا لَمْ تَطُلْ وَتَلِدِ الأَوْلادَ[2]. وَقَالَ ابْنُ المَاجِشُونِ: الْوَلِيُّ أَحَقُّ مِنَ الْوَصِيِّ، وَكَانَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ يَرَى عَلَى الْوَصِيِّ مَشُورَةُ الْوَلِيِّ، وَلِذَلِكَ كَانَ ابْنُ

---

(١) مختصر خليل ص ٩٧.

(٢) المدونة ٢/٢٥٢.

السَّلِيمِ(١) قَاضِي قُرْطُبَةَ يَتَحَرَّى الْخُرُوجَ مِنَ الْخِلاَفِ، فَيَأْمُرُ الْوَصِيَّ أَنْ يُقَدِّمَ الْوَلِيَّ لِلْعَقْدِ. اهـ.

وَفِي الْمُقَرَّبِ: أَنَّ وَصِيَّ الْوَصِيِّ كَالْوَصِيِّ، وَإِنْ تَعَدَّدَ لِثَالِثٍ وَرَابِعٍ وَأَكْثَرَ، قَالَ: وَهَذَا كُلُّهُ إِنْ بَلَغَتْ الْمَحِيضَ، وَأَمَّا إِنْ لَمْ تَبْلُغْ فَلاَ يُزَوِّجُهَا إِلَّا الْأَبُ وَحْدَهُ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ: الْوَصِيُّ الَّذِي لَا يُزَوِّجُ الصَّغِيرَةَ قَبْلَ بُلُوغِهَا وَلَا الْبَالِغَ إِلَّا بِأَمْرِهَا، هُوَ الْوَصِيُّ الَّذِي لَمْ يَأْمُرْهُ الْأَبُ بِالتَّزْوِيجِ، وَأَمَّا إِنْ قَالَ لَهُ: زَوِّجْ ابْنَتِي قَبْلَ بُلُوغِهَا أَوْ بَعْدَهُ. فَيَجُوزُ لِلْوَصِيِّ تَنْفِيذُ مَا أَمَرَهُ بِهِ الْأَبُ. فَلِذَلِكَ يَقُصُّ الْمُوَثِّقُونَ فِي عُقُودِ الْإِيصَاءِ أَنَّهُ جَعَلَ لَهُ إِنْكَاحَ الْأُنْثَى قَبْلَ الْبُلُوغِ وَبَعْدَهُ جَبْرًا مِنْ غَيْرِ كَشْفٍ وَلَا اسْتِئْمَارٍ. اهـ.

وَالْمَرْأَةُ الْوَصِيُّ لَيْسَتْ تَعْقِدُ ... إِلَّا بِتَقْدِيمِ امْرِئٍ يُعْتَمَدُ

إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ وَصِيًّا -أَيْ عَلَى أُنْثَى-، فَلاَ يَجُوزُ لَهَا أَنْ تُبَاشِرَ عَقْدَ نِكَاحِهَا؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْوَلِيِّ الذُّكُورَةَ، وَإِنَّمَا تُقَدِّمُ رَجُلاً يَلِي الْعَقْدَ عَلَى الْمَحْجُورَةِ الْمَذْكُورَةِ، وَذِكْرُ الْمَسْأَلَةِ فِي سِيَاقِ الْوَلِيِّ مِنْ جِهَةِ الْمَرْأَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ هُنَا بِالْوَصِيِّ عَلَى أُنْثَى.

وَأَمَّا الْوَصِيُّ عَلَى ذَكَرٍ فَتَعْقِدُ لَهُ(٢)، كَمَا يَأْتِي فِي قَوْلِهِ:

---

(١) محمد بن إسحاق بن منذر بن محمد بن إبراهيم بن محمد بن السليم، أبو بكر ابن السليم، قاض أندلسي من المالكية، من أهل قرطبة، ولد سنة ٣٠٢ هـ، يقال: لم يكن في الأندلس منذ دخلها الإسلام إلى وقته قاض أعلم منه، ولي المظالم والشرطة بقرطبة إلى أن توفي قاضيها منذر بن سعيد، فولي مكانه سنة ٣٥٦ هـ وحمدت سيرته، وصنف كتاب (التوصيل لما ليس في الموطأ) و(مختصر كتاب المروزي في الاختلاف)، توفي سنة ٣٦٧ هـ. انظر: تاريخ علماء الأندلس ٢/ ٧٧، وجذوة المقتبس ٤٣، وترتيب المدارك ٤/ ٥٤١، وبغية الملتمس ٥٦، والمغرب في حلى المغرب ١/ ٢١٤، والعبر ٢/ ٣٣٨، وتاريخ قضاة الأندلس ٧٥، والديباج المذهب ٢/ ٢١٤، وشذرات الذهب ٣/ ٦٠.

(٢) وفي ذلك قال ابن رشد في البيان والتحصيل ٤/ ٣١١: والفرق بين ولايتها العقد على الذكور دون الاناث أن الولي المعتبر به في صحة النكاح إنما هو الولي الذي من قبل المرأة، لقول عمر بن الخطاب: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان، فإذا زوجت المرأة أو العبد من إلى نظرهما من النساء، فقد وقع النكاح بغير ولي؛ إذ لا يجوز ولاية المرأة ولا العبد، وإذا زوجا من إلى نظرهما من الذكور فلم يقع النكاح إلا بولي؛ لأن الأولياء المعتبر بهم في صحة النكاح أولياء الزوجات لا أولياء الأزواج، وهذا بين لا إشكال فيه.

وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ حَيْثُ وُصِّيَا وَعَقَدَا عَلَى صَبِيٍّ أُمْضِيَا

فَفِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت لَهُ: أَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَعْقِدَ النِّكَاحَ عَلَى ابْنَتِهَا؟ فَقَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لَا تَعْقِدُ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ عَلَى ابْنَتِهَا وَلَا عَلَى أَحَدٍ مِنْ النِّسَاءِ إلَّا أَنْ تَكُونَ وَصِيًّا، فَيَجُوزُ لَهَا أَنْ تَسْتَخْلِفَ مَنْ يُزَوِّجُهَا وَإِنْ اسْتَخْلَفَتْ أَجْنَبِيًّا جَازَ وَإِنْ كَانَ أَوْلِيَاءُ الابْنَةِ حُضُورًا[١].

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: وَلَمَّا كَانَتْ الْمَرْأَةُ لَا تَعْقِدُ عَلَى نَفْسِهَا كَانَ عَقْدُهَا عَلَى امْرَأَةٍ غَيْرِهَا أَحْرَى أَنْ لَا يَجُوزُ، فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَا تُنْكِحُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلَا الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا»[٢].

وَيَلْحَقُ بِالْمَرْأَةِ الْوَصِيِّ الْمَرْأَةُ الْمَالِكَةُ تُرِيدُ تَزْوِيجَ أَمَتِهَا، وَالْكَافِلَةُ فِي مَكْفُولَتِهَا، وَالْمُعْتِقَةُ -بِكَسْرِ التَّاءِ- فِي مُعْتَقَتِهَا، وَالْعَبْدُ الْوَصِيُّ عَلَى أُنْثَى، فَلاَ بُدَّ مِنْ تَوْكِيلِهِمْ مَنْ يَعْقِدُ عَلَى الْأُنْثَى.

وَفِي النَّوَادِرِ: إذَا عَقَدَ الْعَبْدُ نِكَاحَ ابْنَتِهِ الْحُرَّةِ أَوْ غَيْرِهَا، وَأَجَازَ ذَلِكَ وُلَاتُهَا أَوْ كَانَ بِإِذْنِهِمْ، أَوْ عَقَدَ نِكَاحَ أَمَتَهُ وَالْمَرْأَةُ نِكَاحَ ابْنَتَهَا أَوْ ابْنَةِ غَيْرِهَا؛ فَلاَ يَجُوزُ وَيُفْسَخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَبَعْدَهُ، وَإِنْ وَلَدَتْ الْأَوْلَادَ وَطَالَ الزَّمَانُ وَأَجَازَهُ الْأَوْلِيَاءُ أَوْ كَانَ بِإِذْنِهِمْ، كَانَ لَهَا خَطْبٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَيُفْسَخُ بِطَلْقَةٍ، وَلَهَا الْمُسَمَّى إنْ دَخَلَتْ، وَكَذَلِكَ إنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ وَصِيَّةً عَلَى الَّتِي عَقَدَتْ عَلَيْهَا أَوْ كَانَ الْعَبْدُ وَصِيًّا.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَوْلَى لِلْمَرْأَةِ الْوَصِيَّةِ أَنْ تُوَلِّيَ أَجْنَبِيًّا عَلَى الْعَقْدِ، فَيَجُوزُ وَإِنْ كَرِهَ الْأَوْلِيَاءُ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ الْوَصِيُّ.

قَالَ أَصْبَغُ: وَلَا مِيرَاثَ فِيمَا عَقَدَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ الْعَبْدُ إنْ فُسِخَ بِطَلَاقٍ لِضَعْفِ الِاخْتِلَافِ فِيهِ[٣].

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَكَذَلِكَ عَقْدُ كُلِّ مَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رِقٍّ بِكِتَابَةٍ أَوْ بِعِتْقٍ بَعْضِهِ كَعَقْدِ الْعَبْدِ، وَأَمَّا الْعَبْدُ يَعْقِدُ عَلَى نَفْسِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ يُرِيدُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ. اهـ[٤].

وَانْظُرْ قَوْلَهُ: «إلَّا بِتَقْدِيمِ امْرِئٍ يُعْتَمَدُ». حَيْثُ وَصَفَ امْرِئٍ بِجُمْلَةِ «يُعْتَمَدُ» هَلْ مُرَادُهُ أَنَّهُ لَا يُوَكَّلُ إلَّا مَنْ يُعْتَمَدُ فِي الْوِلَايَةِ بِاجْتِمَاعِ شُرُوطِهَا فِيهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ؟

---

(١) المدونة ٢/١١٦.

(٢) سنن ابن ماجه (كتاب: النكاح/باب: لا نكاح إلا بولي/حديث رقم: ١٨٨٢).

(٣) منح الجليل ٣/٣٠٦.

(٤) المدونة ٢/١٢٤.

وَالْعَبْدُ وَالمَحْجُورُ مَهْمَا نَكَحَا … بِغَيْرِ إِذْنٍ فَانْفِسَاخٌ وَضَحَا
وَرُبْعُ دِينَارٍ لَهَا بِهَا اسْتَحَلَّ … مِنْهَا إِنْ ابْتَنَى وَذَا بِهِ الْعَمَلْ
وَإِنْ يَمُتْ زَوْجٌ فَالْإِرْثُ هَدَرٌ … وَالْعَكْسُ لِلْحَاجِرِ فِيهِ النَّظَرُ

يَعْنِي أَنَّ الْعَبْدَ الْقِنَّ وَكَذَا كُلُّ مَنْ فِيهِ شَائِبَةُ رِقٍّ مِنْ مُكَاتَبٍ وَغَيْرِهِ إِذَا تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَالمَحْجُورِ أَيْ الْبَالِغُ بِدَلِيلِ ذِكْرِهِ لِلصَّبِيِّ بَعْدَ إِذَا تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَصِيِّهِ، ثُمَّ عَلِمَ الْوَصِيُّ أَوْ السَّيِّدُ بِذَلِكَ، فَإِنَّ النِّكَاحَ يُفْسَخُ، وَظَاهِرُهُ أَنَّ الْفَسْخَ مُعْتَبَرٌ مُتَعَيِّنٌ لَا خِيَارَ لِلْحَاجِرِ فِيهِ، أَمَّا مَسْأَلَةُ الْعَبْدِ فَفِيهَا قَوْلَانِ، المَشْهُورُ أَنَّ السَّيِّدَ يُخَيَّرُ بَيْنَ فَسْخِ النِّكَاحِ وَإِمْضَائِهِ.

وَقَالَ أَبُو الْفَرَجِ[1]: الْقِيَاسُ الْفَسْخُ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ فِيهِ خِيَارٌ، وَهُمَا عَلَى الْخِلَافِ فِي الْخِيَارِ الْحُكْمِيِّ هَلْ هُوَ كَالشَّرْطِ أَمْ لَا؟

الْبَاجِيُّ: وَقَوْلُ أَبِي الْفَرَجِ عِنْدِي هُوَ الصَّحِيحُ، وَانْظُرْ هَلْ يَتَخَرَّجُ هَذَا الْقَوْلُ فِي السَّفِيهِ؟ قَالَهُ فِي التَّوْضِيحِ.

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ المَحْجُورِ فَلَمْ يَذْكُرْ فِي التَّوْضِيحِ إِلَّا أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ إِلَّا مَا أَشَارَ إِلَيْهِ مِنْ تَخْرِيجِ الْقَوْلِ الَّذِي فِي الْعَبْدِ فِي السَّفِيهِ، فَقَوْلُ الشَّيْخِ: «فَانْفِسَاخٌ وَضَحَا». يَعْنِي إِنْ شَاءَ أَمْضَى هَذَا فِي المَسْأَلَتَيْنِ مَعًا، إِلَى أَنَّ فِي الْأُولَى قَوْلًا مَنْصُوصًا بِتَحَتُّمِ الْفَسْخِ، فَإِذَا رَدَّ السَّيِّدُ أَوِ الْوَصِيُّ النِّكَاحَ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجَةِ لِلْقَاعِدَةِ: أَنَّ الصَّدَاقَ يَسْقُطُ بِالْفَسْخِ قَبْلَ الْبِنَاءِ. وَإِنْ رَدَّهُ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَتَرُدُّ الزَّوْجَةُ الصَّدَاقَ، وَلَيْسَ لَهَا مِنْهُ إِلَّا قَدْرُ مَا يُسْتَحَلُّ بِهِ الْفَرْجُ وَذَلِكَ رُبْعُ دِينَارٍ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

ثُمَّ ذَكَرَ فِي الْبَيْتِ الثَّالِثِ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ بِقِسْمَيْهِ يَعْنِي المَحْجُورَ الْحُرَّ أَوِ الْعَبْدَ قَبْلَ فَسْخِ النِّكَاحِ، فَيَتَعَيَّنُ الْفَسْخُ وَيَسْقُطُ الصَّدَاقُ، وَلَا إِرْثَ لِلزَّوْجَةِ مِنْهُ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «فَالْإِرْثُ هَدَرٌ». عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُتَوَهَّمُ الْإِرْثُ فِي مَوْتِ المَحْجُورِ لَا فِي مَوْتِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ، وَإِذَا مَاتَتْ زَوْجَةُ المَحْجُورِ وَهُوَ مُرَادُهُ بِالْعَكْسِ، فَيَنْظُرُ حَاجِرُهُ بِالْأَصْلَحِ لَهُ، فَإِنْ رَأَى أَنَّهُ يَرِثُ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا يُعْطِي مِنَ الصَّدَاقِ، فَيُمْضِي النِّكَاحَ

---

(١) عمر بن محمد بن عمر الليثي المالكي، أبو الفرج، فقيه أصولي، توفي سنة ٣٣١ هـ، له من الكتب (الحاوي في الفقه) و(اللمع في أصول الفقه). انظر: معجم المؤلفين ٧/٣١٧.

وَلَا يَرُدُّهُ، وَإِنْ رَأَى أَنَّهُ يَرِثُ أَقَلَّ مِمَّا يُعْطِي مِنَ الصَّدَاقِ فَيَفْسَخُ النِّكَاحَ وَيَرُدُّهُ؛ إِذْ لَا مَصْلَحَةَ لِلْمَحْجُورِ فِي إِمْضَائِهِ، وَلَمْ يَتَكَلَّمْ عَلَى مَا إِذَا مَاتَتْ زَوْجَةُ الْعَبْدِ الَّذِي تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ السَّيِّدُ أَوْ يُمْضِي؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَرِثُ وَلَا يُوَرَّثُ، فَلاَ فَائِدَةَ فِي إِمْضَائِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ فِي الْمُنْتَخَبِ: قَالَ سَحْنُونٌ: قُلْت لِابْنِ الْقَاسِمِ: فَإِنْ تَزَوَّجَ الصَّغِيرُ بِغَيْرِ إِذْنِ أَبِيهِ فَأَجَازَهُ الْأَبُ أَيَجُوزُ؟ قَالَ: نَعَمْ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ لَهُ، وَإِنْ فَرَّقَ الْوَلِيُّ بَيْنَهُمَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الصَّبِيِّ مِنَ الصَّدَاقِ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَقْوَى عَلَى الْجِمَاعِ[١].

قَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ: وَالسَّفِيهُ الْكَبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الصَّغِيرِ تَزْوِيجُ أَبِيهِ إِيَّاهُ جَائِزٌ عَلَيْهِ رَضِيَ بِذَلِكَ السَّفِيهُ أَوْ سَخِطَهُ، وَكَذَلِكَ وَصِيُّ أَبِيهِ وَخَلِيفَةُ السُّلْطَانِ عَلَيْهِ الَّذِي يُوَكِّلُهُ عَلَى النَّظَرِ فِي مَالِهِ، وَهُوَ مِنْ أَصْلِ قَوْلِ مَالِكٍ، وَفِي سَمَاعِ أَصْبَغَ: سُئِلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنِ السَّفِيهِ يَنْكِحُ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ثُمَّ مَاتَا أَيَتَوَارَثَانِ؟ قَالَ: إِنْ مَاتَ هُوَ فَلاَ تَرِثُ، وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ فَالنَّظَرُ لِوَلِيِّهِ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُثْبِتَ النِّكَاحَ، وَيَأْخُذَ الْمِيرَاثَ أَخَذَهُ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَرُدَّهُ تَرَكَهُ.

وَمِنَ الْمُنْتَخَبِ أَيْضًا: قُلْت لَهُ -يَعْنِي لِابْنِ الْقَاسِمِ-: فَلَوْ أَنَّ عَبْدًا تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَأَجَازَهُ السَّيِّدُ أَيَجُوزُ؟ قَالَ: نَعَمْ. قُلْت: فَإِنْ فَسَخَهُ بِالْبَتَاتِ أَيَكُونُ ذَلِكَ لَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ صَارَ الطَّلاَقُ بِيَدِ السَّيِّدِ. اهـ[٢].

وَفِي التَّوْضِيحِ: فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: فَلَوْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ[٣]. مَا نَصُّهُ بِاخْتِصَارٍ: عَلَى الْمَشْهُورِ يُفْسَخُ بِطَلاَقٍ لِصِحَّتِهِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْفَرَجِ بِغَيْرِ طَلاَقٍ، قَالَهُ اللَّخْمِيُّ، وَعَلَى الطَّلاَقِ فَمَحِلُّهُ عِنْدَ مَالِكٍ إِنْ لَمْ يَنْوِ عَدَدًا عَلَى وَاحِدَةٍ، وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ: إِذَا طَلَّقَ طَلْقَتَيْنِ. فَقَالَ: مَرَّةً ذَلِكَ لَهُ. وَقَالَ: مَرَّةً لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ تُبِيِّنُهَا، وَهُوَ أَحْسَنُ، وَاسْتُحْسِنَ أَنْ تَكُونَ لَهُ الرَّجْعَةُ إِنْ عَتَقَ فِي الْعِدَّةِ. اهـ.

وَذَكَرَ ابْنُ يُونُسَ أَنَّ أَكْثَرَ الرُّوَاةِ رَوَوْا لُزُومَ وَاحِدَةٍ، فَقَدْ قَالَ غَيْرُهُ: وَهُوَ اخْتِيَارُ الْجُمْهُورِ. اهـ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَلِلسَّيِّدِ رَدُّ نِكَاحِ عَبْدِهِ بِطَلْقَةٍ فَقَطْ بَائِنَةٍ[٤].

---

(١) المدونة ٢/١٢٦.

(٢) المدونة ٢/١٢١.

(٣) جامع الأمهات ص ٢٦٠.

(٤) مختصر خليل ص ٩٨.

وَعَاقِدٌ عَلَى ابْنِهِ حَالَ الصِّغَرِ عَلَى شُرُوطٍ مُقْتَضَاةٍ بِالنَّظَرِ
إنْ ابْنُهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ دَخَلاَ مَعَ عِلْمِهِ يَلْزَمُهُ مَا حَمَلاَ
وَحَيْثُ لَمْ يَبْلُغْ وَإِنْ بَنَى فَمَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَهَبْهُ عَلِمَا
وَالْحَلُّ بِالْفَسْخِ بِلاَ طَلاَقِ إنْ رَدَّ ذَاكَ وَبِلاَ صَدَاقِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ عَقَدَ النِّكَاحَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ عَلَى شُرُوطٍ اقْتَضَى نَظَرُهُ الدُّخُولَ عَلَيْهَا لِمَا رَأَى لَهُ فِي ذَلِكَ النِّكَاحِ مِنْ الْغِبْطَةِ وَالْمَصْلَحَةِ، كَطَلاَقِ مَنْ يَتَزَوَّجُ عَلَيْهَا أَوْ عِتْقِ مَنْ يَتَسَرَّى عَلَيْهَا، ثُمَّ بَلَغَ الابْنُ وَدَخَلَ بِالزَّوْجَةِ عَالِمًا بِتِلْكَ الشُّرُوطِ، فَإِنَّهَا تَلْزَمُهُ، وَأَمَّا قَبْلَ بُلُوغِهِ فَلاَ تَلْزَمُهُ دَخَلَ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَكَذَا لَا تَلْزَمُهُ إنْ بَلَغَ وَلَمْ يَدْخُلْ غَيْرَ عَالِمٍ بِالشُّرُوطِ، وَحَيْثُ لَمْ يَلْزَمْهُ النِّكَاحُ فِي وَجْهٍ مِنْ هَذِهِ الْوُجُوهِ، وَأَرَادَ حِلَّهُ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِنَّهُ يُفْسَخُ بِلاَ طَلاَقٍ وَبِلاَ صَدَاقٍ.

قَالَ فِي الْمُنْتَخَبِ: رَوَى ابْنُ مُزَيْنٍ عَنْ أَصْبَغَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَا كَتَبَ الْأَبُ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ عِنْدَ النِّكَاحِ مِنَ الطَّلاَقِ وَالْعَتَاقِ، فَإِذَا بَلَغَ الابْنُ وَعَلِمَ بِذَلِكَ وَدَخَلَ بَعْدَ عِلْمِهِ لَزِمَتْهُ الشُّرُوطُ، وَإِنْ دَخَلَ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ لَمْ يَلْزَمْهُ مِنْهَا قَلِيلٌ وَلَا كَثِيرٌ، فَإِنْ عَلِمَ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ دَخَلَ عَلَى الشُّرُوطِ وَإِنْ شَاءَ فُسِخَ النِّكَاحُ عَنْهُ وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَكَذَلِكَ عَنْ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَهُوَ رَأْيِي وَالَّذِي أَسْتَحْسِنُ. اهـ.

وَنَقَلَ فِي التَّوْضِيحِ فِي الصَّغِيرِ يُزَوِّجُ نَفْسَهُ أَوْ يُزَوِّجُهُ وَلِيُّهُ بِشُرُوطٍ فَبَلَغَ وَكَرِهَهَا قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: لُزُومُ النِّكَاحِ بِشُرُوطِهِ؛ وَالثَّانِي: التَّخْيِيرُ فِي الْفَسْخِ وَالإِمْضَاءِ، قَالَ: وَالْقَوْلُ بِاللُّزُومِ لابْنِ وَهْبٍ فِي الْعُتْبِيَّةِ وَبِعَدَمِ اللُّزُومِ لابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ، وَعَلَى عَدَمِ اللُّزُومِ فَهَلْ تَسْقُطُ مُطْلَقًا؟ أَيْ وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْعَطَّارِ، أَوْ يُخَيَّرُ فِي الْتِزَامِهَا وَيَثْبُتُ النِّكَاحُ؟ وَعَدَمُ الْتِزَامِهَا وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَإِذَا فُسِخَ فَهَلْ بِطَلاَقٍ؟

الْبَاجِيُّ: وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَوْ بِغَيْرِ طَلاَقٍ. وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ أَصْبَغَ، وَعَلَى الطَّلاَقِ فَهَلْ عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْكِتَابِ أَوْ لَا؟ وَهُوَ قَوْلُهُ فِي الْمَجَالِسِ.

بَعْض المُوَثِّقِينَ: وَعَلَى الْأَوَّلِ الْعَمَلُ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: الْعَمَلُ عَلَى الثَّانِي، ثُمَّ الْفَسْخُ بِطَلاَقٍ أَوْ بِغَيْرِهِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا تَمَسَّكَتْ المَرْأَةُ بِشُرُوطِهَا، وَأَمَّا إِنْ رَضِيَتْ بِإِسْقَاطِهَا فَلاَ، وَإِذَا أَسْقَطَتْ فَلاَ كَلاَمَ لِأَبِيهَا وَلَوْ كَانَتْ مَحْجُورًا عَلَيْهَا، وَرَأَى ابْنُ الْعَطَّارِ أَنَّ ذَلِكَ فِي الْحَجْرِ لِلأَبِ وَلَوْ طَلَّقَ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالشُّرُوطِ، فَفِي لُزُومِ نِصْفِ الصَّدَاقِ قَوْلاَنِ، ثُمَّ نَقَلَ عَنْ ابْنِ رَاشِدٍ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ الدُّخُولُ، وَإِنْ دَخَلَ فَأَمَّا أَنْ يَدْخُلَ بَعْد بُلُوغِهِ أَوْ قَبْلِهِ، فَإِنْ دَخَلَ بَعْد بُلُوغِهِ لَزِمَتْهُ الشُّرُوطُ إِنْ عَلِمَ بِهَا.

ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ: لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ وَتَلْزَمُهُ بِدُخُولِهِ.

وَأَمَّا إِنْ دَخَلَ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَذَكَرَ الْمَتِيْطِي وَغَيْرُهُ أَنَّ الشُّرُوطَ تَسْقُطُ عَنْهُ وَإِنْ عَلِمَ بِهَا؛ لِأَنَّ المَرْأَةَ مَكَّنَتْ مِنْ نَفْسِهَا مَنْ لَا تَلْزَمُهُ الشُّرُوطُ.

وَقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ: وَلَوْ دَخَلَ الصَّبِيُّ وَقَدْ بَلَغَ عَالِمًا بِالشُّرُوطِ فَهَلْ تَلْزَمُهُ أَوْ لَا؟ قَوْلاَنِ، وَإِنْ دَخَلَ قَبْلَ الْعِلْمِ، فَثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ: تَلْزَمُهُ، وَلَا تَلْزَمُهُ، يُخَيَّرُ الْآنَ. اهـ.

فصل فيمن له الإجبار وما يتعلق به

ثُيُوبَةُ النِّكَاحِ وَالْمِلْكِ مَعَا ... لِلأَبِ الْإِجْبَارُ بِهَا قَدْ مُنِعَا
كَمَا لَهُ ذَلِكَ فِي صِغَارِ ... بَنَاتِهِ وَبَالِغِ الإِبْكَارِ
وَيُسْتَحَبُّ إِذْنُهَا وَالسَّيِّدُ ... بِالْجَبْرِ مُطْلَقًا لَهُ تَفَرُّدُ

تَرْجَمَ لِمَنْ لَهُ الْإِجْبَارُ عَلَى النِّكَاحِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْأَبَ مِمَّنْ يُجْبِرُ، وَلَمَّا كَانَ لَا يُجْبِرُ فِي الْقَلِيلِ مِنَ الصُّوَرِ قُدِّمَ الْكَلَامُ عَلَيْهِ لِيَتَفَرَّغَ لِصُوَرِ الْجَبْرِ، فَأَخْبَرَ أَنَّ الْأَبَ يَمْتَنِعُ إِجْبَارُهُ فِي صُورَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: الثَّيِّبُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ كَمَا يُصَرِّحُ بِهِ بَعْدُ فِي قَوْلِهِ: وَكَالصَّحِيحِ مَا بِعَقْدٍ فَاسِدٍ. مَعَ كَوْنِهَا حُرَّةً بَالِغَةً، فَلَا جَبْرَ لِلأَبِ عَلَيْهَا.

الثَّانِيَةُ: الْأَمَةُ الْبَالِغَةُ الثَّيِّبُ بِوَطْءِ السَّيِّدِ إِذَا أُعْتِقَتْ وَلَهَا أَبٌ حُرٌّ، فَلَا يُجْبِرُهَا أَيْضًا.

وَعَلَى هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ فَقَوْلُهُ: «وَالمِلْكِ». بِالْخَفْضِ عَطْفٌ عَلَى النِّكَاحِ مَدْخُولٌ لِثُيُوبَةِ، وَضَمِيرُ «بِهَا» لِلثُّيُوبَةِ، وَالْبَاءُ سَبَبِيَّةٌ أَوْ بِمَعْنَى مَعَ، وَبِذِكْرِ الثَّانِيَةِ بَعْدَ الْأُولَى يَظْهَرُ أَنَّهُ قَلِيلُ الْجَدْوَى، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرْفَعَ بِالْعَطْفِ عَلَى ثُيُوبَةِ، وَالمَعْنَى أَنَّ المِلْكَ يَمْنَعُ الْأَبَ مِنَ الْإِجْبَارِ ثَيِّبًا كَانَتْ أَوْ بِكْرًا، فَالْحُرُّ الَّذِي لَهُ بِنْتٌ مَمْلُوكَةٌ لَا جَبْرَ لَهُ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا يُجْبِرُهَا سَيِّدُهَا كَمَا يُصَرِّحُ بِهِ فِي قَوْلِهِ: «وَالسَّيِّدُ بِالْجَبْرِ مُطْلَقًا لَهُ تَفَرُّدُ». وَضَمِيرُ «بِهَا» عَلَى هَذَا الِاحْتِمَالِ يَعُود عَلَى الثُّيُوبَةِ، «وَالمِلْكِ» بِتَأْوِيلِهِمَا مَعًا بِالصِّفَةِ.

وَقَوْلُهُ: «كَمَا لَهُ ذَلِكَ فِي صِغَارِ بَنَاتِهِ». الْإِشَارَةُ لِلإِجْبَارِ، يَعْنِي أَنَّ لِلأَبِ أَنْ يُجْبِرَ بِنْتَه الصَّغِيرَةَ الَّتِي لَمْ تَبْلُغْ، يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَتْ بِكْرًا وَلَا إِشْكَالَ أَوْ ثَيِّبًا، بِأَيِّ شَيْءٍ كَانَتْ ثُيُوبَتُهَا.

وَقَوْلُهُ: «وَبَالِغِ الْإِبْكَارِ». أَيْ وَكَذَلِكَ لِلأَبِ جَبْرُ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ الْبَالِغِ، ثُمَّ أَخْبَرَ فِي الْبَيْتِ الثَّالِثِ أَنَّ الْأَبَ وَإِنْ كَانَ يُجْبِرُ الْبِكْرَ الْبَالِغَ، فَإِنَّهُ يُسْتَحَبُّ لَهُ إِذْنُهَا.

ثُمَّ أَخْبَرَ أَنَّ السَّيِّدَ -أَيْ المَالِكَ- انْفَرَدَ بِوَصْفٍ عَنْ سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ وَهُوَ الْجَبْرُ لِمَمْلُوكِهِ مُطْلَقًا؛ أَيْ يُجْبِرِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى بَالِغَيْنِ أَوْ غَيْرَ بَالِغَيْنِ، بِكْرًا كَانَتْ الْأُنْثَى أَوْ ثَيِّبًا، وَهَذَا مُرَادُهُ بِالْإِطْلَاقِ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: الثُّيُوبَةُ الَّتِي تُسْقِطُ الْإِجْبَارَ عَلَى النِّكَاحِ مَا كَانَتْ عَنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَوْ فَاسِدٍ مُخْتَلَفٍ فِيهِ، أَوْ مُجْمَعٍ عَلَى فَسَادِهِ، أَوْ عَلَى وَجْهِ الْمِلْكِ، كَانَ ذَلِكَ الْمِلْكُ بِوَجْهٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ.

وَفِي مُعِينِ الْحُكَّامِ لِابْنِ عَبْدِ الرَّفِيعِ[١]: الثَّيِّبُ الصَّغِيرَةُ إِذَا رَجَعَتْ لِلْأَبِ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى النِّكَاحِ، وَيُزَوِّجُهَا كَمَا يُزَوِّجُ الْبِكْرَ.

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ سَحْنُونٌ: قُلْت لِابْنِ الْقَاسِمِ: أَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يُجْبِرَ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ عَلَى النِّكَاحِ وَلَا يَسْتَأْمِرُهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ كَانَتْ بَالِغًا أَوْ غَيْرَ بَالِغٍ[٢].

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْأَبُ يُجْبِرُ الصَّغِيرَةَ[٣].

التَّوْضِيحُ: ظَاهِرُهُ بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، وَلَا خِلَافَ فِي الْبِكْرِ، وَأَمَّا الثَّيِّبُ الصَّغِيرَةُ فَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: الْجَبْرُ وَعَدَمُهُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ: يُجْبِرُهَا إِنْ كَانَ زَوَّجَهَا ثَانِيًا قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَلَا يُجْبِرُهَا بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ ثَيِّبًا بَالِغًا، ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْبَالِغُ الْبِكْرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ، وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهَا. اهـ.

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ وَغَيْرِهَا: اسْتِحْبَابُ مُشَاوَرَةِ الْأَبِ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ فِي النِّكَاحِ.

وَيَظْهَرُ مِنْ إِطْلَاقِ الشَّيْخِ الْقَوْلَ بِالْجَبْرِ فِي بَالِغِ الْأَبْكَارِ أَنَّهَا وَإِنْ عَنَّسَتْ -أَيْ طَالَتْ إِقَامَتُهَا قَبْلَ التَّزْوِيجِ- فَإِنَّ لَهُ جَبْرَهَا، وَهُوَ كَذَلِكَ عَلَى مَا رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: الْمَالِكُ -وَإِنْ تَعَدَّدَ- يُجْبِرُ عَبْدَهُ وَأَمَتَهُ.

وَفِي الْجَوَاهِرِ: لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَلَا يُجْبَرُ هُوَ لَهُمَا.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَتُوَكِّلُ الْمَالِكَةُ فِي أَمَتِهَا وَلِيَّهَا أَوْ غَيْرَهُ، وَيُوَكِّلُ الْمُكَاتَبُ فِي أَمَتِهِ، وَإِنْ كَرِهَ سَيِّدُهُ بِشَرْطِ ابْتِغَاءِ الْفَضْلِ الْوَصِيِّ، وَيُزَوِّجُ رَقِيقَ الْمُوصَى عَلَيْهِ فِي الْمَصْلَحَةِ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لَا يُجْبَرُ، وَلَكِنَّهُ كَمَالِكِ الْجَمِيعِ فِي الْوِلَايَةِ وَالرَّدِّ وَمَنْ فِيهِ عَقْدُ حُرِّيَّةٍ، ثَالِثُهَا:

---

(١) إبراهيم بن حسن عبد الرفيع الربعي، التونسي (أبو إسحاق) قاضي القضاة بتونس، ولد سنة ٦٣٥ هـ، ومات في رمضان سنة ٧٣٤ هـ عن تسع وتسعين سنة وأشهر، ألّف كتاب (معين الحكام على القضايا والأحكام) و(مختصر التفريع في الفروع). انظر: معجم المؤلفين ١/ ٢٠، والوافي ٥/ ٢٦، والديباج ٨٩، والمنهل الصافي ١/ ٤٥.

(٢) المدونة ٢/ ١٠٢.

(٣) جامع الأمهات ص ٢٥٥

يُجْبَرُ الذَّكَرُ، وَرَابِعُهَا: يُجْبَرُ مَنْ لَهُ انْتِزَاعُ مَالِهِ. اهـ[١].

فَقَوْلُهُ: وَلَكِنَّهُ -أَيْ مَالِك الْبَعْضِ- كَمَالِكِ الْجَمِيعِ فِي الْوِلَايَة عَلَى الْأَمَةِ، وَفِي رَدِّ نِكَاحِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ إِنْ تَزَوَّجَا بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ. اهـ.

وَالْأَبُ إِنْ زَوَّجَهَا مِنْ عَبْدِ فَهُوَ مَتَى أَجْبَرَ ذُو تَعَدِّ

يَعْنِي أَنَّ الْأَبَ وَإِنْ كَانَ لَهُ جَبْرُ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ، فَإِنَّمَا لَهُ ذَلِكَ فِيمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ وَلَا مَعَرَّةَ، أَمَّا مَا فِيهِ ذَلِكَ فَلاَ يُجْبِرُهَا عَلَيْهِ، فَإِنْ جَبَرَهَا فَهُوَ مُتَعَدٍّ وَلَا عِبْرَةَ بِجَبْرِهِ.

قَالَ فِي الْمُفِيدِ: وَأَمَّا تَزْوِيجُهَا -يَعْنِي الْبِكْرَ- مِنْ الْعَبْدَ فَيَمْتَنِعُ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ نَقْصًا وَمَعَرَّةً.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ الرَّفِيعِ فِي مُعِينِهِ: لَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ مِنْ عَبْدٍ لِمَا يَلْحَقُهَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْمَعَرَّةِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ فِي السُّلَيْمَانِيَّةِ: إِذَا أَرَادَ الْأَبُ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ مَجْنُونًا أَوْ مَجْذُومًا أَوْ أَبْرَصَ أَوْ أَسْوَدَ وَمَنْ لَيْسَ بِكُفْءٍ وَأَبَتْ الاِبْنَةُ ذَلِكَ كَانَ لِلسُّلْطَانِ مَنْعُهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ضَرَرٌ. اهـ.

وَلَوْ أَدْخَلَ كَافًا عَلَى عَبْدٍ لِيَدْخُلَ غَيْرُهُ مِمَّنْ ذُكِرَ لَكَانَ أَحْسَنَ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي الْمُفِيدِ: إِثْرَ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ مِنْ مَنْعِ الْأَبِ إِنْكَاحَ ابْنَتِهِ مِنْ عَبْدٍ، فَإِنْ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْأَبُ وَالاِبْنَةُ وَهِيَ رَشِيدَةٌ وَلَا عَصَبَةَ لَهَا زُوِّجَتْ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا أَوْ ثَيِّبًا سَفِيهَةً وَلَهَا عَصَبَةٌ قَرِيبَةٌ مُنِعَتْ، وَلِلْعَصَبَةِ مَنْعُهَا مِنْ ذَلِكَ. اهـ.

وَكَالْأَبِ الْوَصِيُّ فِيمَا جَعَلاَ أَبٌ لَهُ مُسَوَّغٌ مَا فَعَلاَ

يَعْنِي أَنَّ الْوَصِيَّ كَالْأَبِ فِيمَا جَعَلَ لَهُ الْأَبُ مِنْ إِنْكَاحِ بَنَاتِهِ جَبْرًا قَبْلَ الْبُلُوغِ وَبَعْدَهُ، مِنْ غَيْرِ كَشْفٍ وَلَا اسْتِئْمَارٍ، فَإِذَا جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ تَنَزَّلَ مَنْزِلَتَهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: قَالَ أَصْبَغُ: وَإِذَا قَالَ الْأَبُ لِلْوَصِيِّ: زَوِّجْ ابْنَتِي مِنْ فُلاَنٍ بَعْدَ عَشْرِ سِنِينَ أَوْ أَنْ تَبْلُغَ فَذَلِكَ لِفُلاَنٍ إِذَا بَذَلَ صَدَاقَ الْمِثْلِ، وَلَيْسَ لَهَا وَلَا لِلْوَصِيِّ أَنْ يَأْبَيَا ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ لِفُلاَنٍ فِسْقٌ أَوْ تَلَصُّصٌ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٥٥.

قَالَ فِي الْوَاضِحَةِ: أَوْ سَقَمٌ بَيِّنٌ، فَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ سَوَاءٌ أَحَبَّتْ أَوْ كَرِهَتْ، وَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ مِنْهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ وَكَانَ خُلُوًّا أَوْ اتَّخَذَ السَّرَارِي، فَلاَ حُجَّةَ لَهَا بِذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا أَوْصَى الْأَبُ بِتَزْوِيجِ الْبِكْرِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَزِمَهَا مَا أَوْصَى بِهِ وَإِنْ كَرِهَتْ وَبَلَغَتْ.

قَالَ الشَّارِحُ: مِنْ إِطْلاَقِ هَذِهِ الرِّوَايَاتِ وَأَمْثَالِهَا أَخَذَ أَهْلُ كُتُبِ الْأَحْكَامِ جَعْلَ الْإِجْبَارِ لِلْوَصِيِّنِ وَأَنَّ النَّصَّ عَلَيْهِ يَرْفَعُ حُكْمَ اخْتِلاَفٍ إِنْ وُجِدَ فِيهِ. اهـ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَجَبَرَ وَصِيٌّ أَمَرَهُ أَبٌ بِهِ أَوْ عَيَّنَ الزَّوْجَ وَإِلَّا فَخِلاَفٌ[(١)].

(فَرْعٌ) قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُزَوِّجَ الْبِكْرَ الْبَالِغَ بِرِضَاهَا وَإِنْ كَرِهَ الْوَلِيُّ، وَلَوْ رَضِيَتْ هِيَ وَوَلِيُّهَا بِرَجُلٍ وَعَقَدَا لَهُ؛ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِرِضَا الْوَصِيِّ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا نَظَرَ السُّلْطَانُ[(٢)].

وَقَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: الْوَصِيُّ أَوْلَى مِنَ الْوَلِيِّ وَيُشَاوِرُ الْوَلِيُّ[(٣)]، وَيُزَوِّجُ الْوَلِيُّ الثَّيِّبَ بِرِضَاهَا وَإِنْ كَرِهَ الْوَصِيُّ، وَإِنْ زَوَّجَهَا الْوَصِيُّ أَيْضًا بِرِضَاهَا جَاز وَإِنْ كَرِهَ الْوَلِيُّ، وَلَيْسَ كَالْأَجْنَبِيِّ فِيهَا، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُزَوِّجَ الطِّفْلَةَ قَبْلَ بُلُوغِهَا مِنْ قَاضٍ أَوْ وَصِيٍّ إِلَّا الْأَبُ وَحْدَهُ. اهـ. مِنْ التَّوْضِيحِ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْوَصِيَّ فِي الْبِكْرِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَلِيِّ، وَأَمَّا فِي الثَّيِّبِ فَهُمَا سَوَاءٌ.

وَحَيْثُمَا زَوَّجَ بِكْرًا غَيْرُ أَبْ ... فَمَعْ بُلُوغٍ بَعْدَ إِثْبَاتِ السَّبَبْ

وَحَيْثُمَا الْعَقْدُ لِقَاضٍ وُلِّيَ ... فَمَعْ كُفْءٍ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ

يَعْنِي أَنَّ الْبِكْرَ إِذَا زَوَّجَهَا غَيْرُ الْأَبِ كَأَخِيهَا وَعَمِّهَا وَنَحْوِهِمَا كَالْوَصِيِّ إِذَا لَمْ يَجْعَلْ لَهُ الْأَبُ الْإِجْبَارَ عَلَيْهَا عَلَى أَحَدِ قَوْلَيْنِ مَشْهُورَيْنِ، فَلاَ يُزَوِّجُونَهَا إِلَّا إِذَا بَلَغَتْ وَثَبَتَ سَبَبُ تَزْوِيجِهِمْ لَهَا مِنْ كَوْنِهَا لَا أَب لَهَا، أَوْ لَهَا أَبٌ مَفْقُودٌ، أَوْ أَسِيرٌ فِي بَلَدٍ لِلْعَدُوِّ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْأَسْبَابِ الَّتِي تُذْكَرُ، أَمَّا اشْتِرَاطُ الْبُلُوغِ فَلأَنَّهَا لَا يُزَوِّجُهَا غَيْرُ الْأَبِ إِلَّا بِرِضَاهَا، وَلَا عِبْرَةَ بِرِضَا غَيْرِ الْبَالِغِ، وَأَمَّا ثُبُوتُ السَّبَبِ فَإِنَّ ذَاتَ الْأَبِ إِذَا زَوَّجَهَا غَيْرُهُ

---

(١) مختصر خليل ص ٩٦.

(٢) المدونة ٢/ ١٠٩.

(٣) المدونة ٢/ ١١٠.

يُفْسَخُ نِكَاحُهَا إِلَّا لِسَبَبٍ كَمَا يُذْكَرُ قَرِيبًا.

وَلَا يَشْمَلُ قَوْلُهُ: «غَيْرَ الْأَبِ». الْوَصِيَّ الَّذِي جَعَلَ لَهُ الْأَبُ الْإِجْبَارَ قَبْلَ الْبُلُوغِ وَبَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ سَوَاءٌ، وَلَا يَتَوَقَّفُ إِنْكَاحُهُ إِيَّاهَا إِلَّا عَلَى ثُبُوتِ كَوْنِهِ وَصِيًّا مِنْ قِبَلِ الْأَبِ، فَلِذَلِكَ يُنْسَخُ رَسْمُ الْإِيصَاءِ أَعْلَى الصَّدَاقِ، وَالصَّدَاقُ أَسْفَلُ وَهَذَا أَوْلَى، وَبَعْضُهُمْ يَخْتَصِرُ، وَيَقُولُ الْمُوَثِّقُ فِي رَسْمِ الصَّدَاقِ: أَنْكَحَهُ إِيَّاهَا الْوَصِيُّ عَلَيْهَا مِنْ قِبَلِ أَبِيهَا وَهُوَ فُلَانٌ، حَسْبَمَا ذَلِكَ فِي عِلْمِ شَهِيدَيْهِ أَوْ بِشَهَادَةِ شَهِيدَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا عَقَدَ الْقَاضِي نِكَاحَ بِكْرٍ لِكَوْنِهَا لَا وَلِيَّ لَهَا مِنَ النَّسَبِ وَلَا وَصِيَّ عَلَيْهَا وَلَا كَافِلَ أَوْ غَابَ أَبُوهَا غِيبَةً بَعِيدَةً كَإِفْرِيقِيَّةَ مِنْ مِصْرَ، فَلَا تُزَوَّجُ أَيْضًا إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ وَثُبُوتِ النَّسَبِ الَّذِي مِنْ جُمْلَتِهِ كَفَاءَةُ الزَّوْجِ لَهَا، وَكَوْنُ مَا بَذَلَ لَهَا هُوَ صَدَاقَ مِثْلِهَا مِنْ مِثْلِهِ.

وَشَمَلَ قَوْلُهُ: «غَيْرَ الْأَبِ». الْقَاضِي، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ وَإِنْ كَانَ مِنْ عَطْفِ خَاصٍّ عَلَى عَامٍّ لِرَفْعِ تَوَهُّمِ قُصُورِ الْحُكْمِ عَلَى وَلِيِّ النَّسَبِ وَالْوَصِيِّ، وَصَرَّحَ بِأَنَّ الْقَاضِيَ كَذَلِكَ وَلَمْ يُصَرِّحِ النَّاظِمُ بِاشْتِرَاطِ الْبُلُوغِ فِي إِنْكَاحِ الْقَاضِي وَلَا بُدَّ مِنْهُ، بَلْ هُوَ أَحْرَى بِالنِّسْبَةِ لِوَلِيِّ النَّسَبِ وَيَأْتِي التَّصْرِيحُ بِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِذَا رَفَعَتْ امْرَأَةٌ إِلَى الْإِمَامِ أَمْرَهَا بِالتَّنَاكُحِ كَشَفَ عَنْهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ زَوَّجَهَا بِرِضَاهَا إِذَا دَعَتْ إِلَى كُفْءٍ فِي الْحَالِ وَالْمَالِ وَالْقَدْرِ.

وَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: لَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ وَلَا لِلسُّلْطَانِ وَلَا لِأَحَدٍ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِأَقَلَّ مِنْ صَدَاقِ مِثْلِهَا[1].

وَفِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ بِكْرًا فَيَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ عِنْدَهُ بِالْعُدُولِ أَنَّهَا يَتِيمَةٌ بِكْرٌ بَالِغٌ فِي سِنِّهَا خُلُوٌّ مِنْ زَوْجٍ وَفِي غَيْرِ عِدَّةٍ مِنْهُ، وَأَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا يَعْقِدُ نِكَاحَهَا فِي عِلْمِهِمْ، وَأَنَّ الزَّوْجَ كُفْءٌ لَهَا فِي حَالِهِ وَمَالِهِ، وَأَنَّ الَّذِي بَذَلَ لَهَا مِنَ الْمَهْرِ مَهْرُ مِثْلِهَا. اهـ.

وَقَدْ اشْتَمَلَ كَلَامُ النَّوَادِرِ وَمَا بَعْدَهُ عَلَى عَشَرَةِ أَسْبَابٍ: أَنْ لَا يَكُونَ لَهَا وَلِيٌّ، وَرِضَاهَا بِالزَّوْجِ وَبِالصَّدَاقِ، وَالزَّوْجُ كُفْءٌ لَهَا، وَأَنَّ مَا بَذَلَ لَهَا مِنَ الصَّدَاقِ هُوَ صَدَاقُ مِثْلِهَا، وَأَنَّهَا يَتِيمَةٌ بِكْرٌ بَالِغٌ خُلُوٌّ مِنْ زَوْجٍ، وَفِي غَيْرِ عِدَّةٍ، وَزَادَ الْجُزُولِيُّ[2] كَوْنَهَا صَحِيحَةً بَالِغَةً

---

(١) المدونة ٢/١٦٣.

(٢) عبد الرحمن بن عفان الجزولي، أبو زيد، فقيه مالكي معمر، من أهل فاس، كان أعلم الناس في عصره بمذهب مالك، وكان يحضر مجلسه أكثر من ألف فقيه معظمهم يستظهر (المدونة)، وقيدت عنه على=

غَيْرَ مُحْرِمَةٍ، وَلَا مُحَرَّمَةٍ عَلَى الزَّوْجِ، وَأَنَّهَا حُرَّةٌ.

قَالَ الْحَطَّابُ: فَإِنْ زَوَّجَهَا الْقَاضِي مِنْ غَيْرِ إِثْبَاتِ مَا ذُكِرَ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُفْسَخُ حَتَّى يَثْبُتَ مَا يُوجِبُ فَسْخَهُ. قَالَ: وَلَمْ أَرَ فِي ذَلِكَ نَصًّا. انْتَهَى[1].

وَتَــأْذَنُ الثَّيِّــبُ بِالإِفْــصَاحِ ... وَالــصَّمْتُ إِذْنُ الْبِكْــرِ فِي النِّكَــاحِ

وَاسْــتُنْطِقَتْ لِزَائِــدٍ فِي الْعَقْــدِ ... كَقَــبْضِ عَــرْضٍ وَكَــزَوْجٍ عَبْــدٍ

تَقَدَّمَ أَنَّ الثَّيِّبَ الْبَالِغَ الْحُرَّةَ لَا تُجْبَرُ وَإِنَّمَا تُزَوَّجُ بِإِذْنِهَا وَرِضَاهَا، وَكَذَلِكَ الْبِكْرُ غَيْرُ ذَاتِ الْأَبِ وَغَيْرُ ذَاتِ الْوَصِيِّ الَّذِي جَعَلَ لَهُ الْإِجْبَارَ لَا تُجْبَرُ أَيْضًا.

وَأَفَادَ النَّاظِمُ هُنَا أَمْرًا زَائِدًا عَلَى مُطْلَقِ الْإِذْنِ وَالرِّضَا، وَهُوَ أَنَّ إِذْنَ الثَّيِّبِ يَكُونُ بِالنُّطْقِ وَالْإِفْصَاحِ عَنِ الرِّضَا وَلَا يَكْفِي فِيهَا الصَّمْتُ، وَأَنَّ إِذْنَ الْبِكْرِ صَمْتُهَا، فَإِنْ نَطَقَتْ فَأَوْلَى، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ: «الْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا وَالثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا»[2].

ثُمَّ ذَكَرَ فِي الثَّانِي أَنَّ الْبِكْرَ تُسْتَنْطَقُ؛ أَيْ يُطْلَبُ نُطْقُهَا فِي مَسَائِلَ، وَكَأَنَّهَا فِي مَعْرِضِ الِاسْتِثْنَاءِ عَنْ قَوْلِهِ: «وَالصَّمْتُ إِذْنُ الْبِكْرِ فِي النِّكَاحِ».

قَالَ الشَّارِحُ: وَوَجْهُ ذَلِكَ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ مُطْلَقَ النِّكَاحِ الْجَارِي عَلَى صَرِيحِ الْعَادَةِ هُوَ الَّذِي اكْتَفَى فِيهِ الشَّارِحُ بِصَمْتِ الْبِكْرِ دَلِيلاً عَلَى رِضَاهَا الْمُلْزِمِ لَهَا حُكْمَ انْعِقَادِهِ عَلَيْهَا، وَأَمَّا مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنْ حُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ فِي الصَّدَاقِ لِكَوْنِهِ عَرْضًا عِوَضًا عَنِ الْمُعْتَادِ مِنَ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ، أَوْ مِنْ كَوْنِ الزَّوْجِ عَبْدًا أَوْ مِنْ كَذَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَحِلٍّ يُكْتَفَى فِيهِ بِالصَّمْتِ دَلِيلاً عَلَى الرِّضَا، فَيُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْأَصْلِ الَّذِي هُوَ الْكَلَامُ الْمُعْرِبُ عَمَّا يَنْطَوِي عَلَيْهِ الضَّمِيرُ.

قَالَ فِي الْمَنْهَجِ السَّالِكِ: وَالْمُسْتَأْذِنَات فِي النِّكَاحِ عَلَى قِسْمَيْنِ: أَبْكَارٌ وَثَيِّبَاتٌ، فَإِذْنُ

=(الرسالة) ثلاثة (تقاييد). قال ابن القاضي: وكلها مفيدة انتفع الناس بها بعده. وقال: عاش أكثر من مائة وعشرين سنة وما قطع التدريس حتى توفي سنة ٧٤١ هـ. انظر: سلوة الأنفاس ٢/ ١٢٤، ومعجم المؤلفين ٥/١٥٣.

(١) مواهب الجليل ٥/ ٥٩.

(٢) سنن ابن ماجه (كتاب: النكاح/باب: استئمار البكر والنكاح/حديث رقم: ١٨٧٢)، ومسند أحمد ٤/ ١٩٢ (١٧٧٥٨).

الْبِكْرِ يَكُونُ بِالصَّمْتِ وَيَكُونُ بِالْقَوْلِ، وَإِذْنُ الثَّيِّبِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْقَوْلِ، وَقَدْ اسْتَقْصَى الْإِمَامُ الْقَاضِي أَبُو عَبْدِ اللهِ الْمَقَّرِي كُلَّ مَنْ يَلْزَمُهَا الْكَلَامُ مِنْ الْأَبْكَارِ، فَقَالَ فِي كُلِّيَّاتِهِ الْفِقْهِيَّةِ: كُلُّ بِكْرٍ تُسْتَأْمَرُ فَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا إِلَّا الْمُرْشِدَةَ وَالْمُعَنِّسَةَ وَالْمُصَدَّقَةَ عَرْضًا وَالْمُعْلَمَةَ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالْقُرْبِ وَالْمُزَوَّجَةَ مِمَّنْ فِيهِ رِقٌّ أَوْ عَيْبٌ وَالصَّغِيرَةَ الْمُنْكَحَةَ لِلْخَوْفِ بَعْدَ الْعَشْرِ وَمُطَالِعَةَ الْحَاكِمِ وَالْمُشْتَكِيَةَ بِالْعَضْلِ. اهـ.

وَلِابْنِ الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيِّ: أَنَّ الْمُرْشِدَةَ يُكْتَفَى فِي إِذْنِهَا بِالصَّمْتِ، وَأَنْ لَا إِذْن إِلَّا لِلْبَالِغَةِ. اهـ.

وَفِي التَّوْضِيحِ فِي عَدِّ هَذِهِ النَّظَائِرَ الثَّانِيَةُ: وَالْمُرْشِدَةُ ذَات الْأَبِ كَذَا فِي نُسْخَةٍ مِنْهُ وَفِي الْأُخْرَى كَانَ لَهَا أَب أَمْ لَا. اهـ.

وَالْمُعَنِّسَةُ هِيَ الَّتِي طَالَتْ إِقَامَتُهَا بِبَيْتِ أَبِيهَا حَتَّى عَرَفَتْ مَصَالِحَهَا، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَسِنُّهَا أَرْبَعُونَ. وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ ثَلَاثُونَ، وَالْمُرَادُ بِالْمُعَنِّسَةِ الْيَتِيمَةُ.

وَأَمَّا ذَاتُ الْأَبِ فَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْأَبَ يُجْبِرُهَا فَلَا تَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِهَا، وَقَيَّدَ فِي التَّوْضِيحِ الْمُصَدَّقَةَ عَرْضًا بِالْيَتِيمَةِ الَّتِي لَا وَصِيَّ لَهَا، وَالْمُعْلَمَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالْقُرْبِ هِيَ الَّتِي عَقَدَ عَلَيْهَا وَلِيُّهَا قَبْلَ أَنْ تَأْذَنَ لَهُ، ثُمَّ بَلَغَهَا ذَلِكَ وَرَضِيَتْ بِالْقُرْبِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ أَنَّهَا يَتِيمَةٌ أَيْضًا إِذَا لَوْ كَانَتْ ذَاتَ أَبٍ لَمْ تَحْتَجْ لِإِذْنِهَا، وَكَذَا الْمُزَوَّجَةُ لِذِي رِقٍّ أَوْ عَيْبٍ يَتِيمَةٌ أَيْضًا.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ هَذِهِ السَّبْعَ كُلَّهَا فِي الْيَتِيمَةِ إِلَّا الْمُرْشِدَةَ وَالَّتِي عَضَلهَا الْوَلِيُّ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ يَتِيمَةً أَوْ ذَاتَ أَبٍ.

قَالَ الشَّيْخُ ابْنُ غَازِيٍّ فِي شِفَاءِ الْغَلِيلِ: وَقَدْ اسْتَوْفَيْنَا الْكَلَامَ عَلَيْهِنَّ فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ وَتَحْلِيلِ التَّعْقِيدِ وَنَظَمْنَاهُ فِي رَجَزٍ وَهُوَ:

سَبْعٌ مِنْ الْأَبْكَارِ بِالنُّطْقِ خَلِيق ... مَنْ زُوِّجَتْ ذَا عَاهَةٍ أَوْ مِنْ رَقِيق

أَوْ صَغُرَتْ أَوْ عَنَسَتْ أَوْ أُسْنِدَتْ ... مَعْرِفَةُ الْعَرْضِ لَهَا أَوْ رَشَدَتْ

أَوْ رَفَعَتْ لِحَاكِمٍ عَضْلَ الْوَلِيِّ ... أَوْ رَضِيَتْ مَا بِالتَّعَدِّي قَدْ وَلِي

اهـ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ -عَفَا اللَّه عَنْهُ- وَقَدْ ذَيَّلْتها بِبَيْتٍ وَهُوَ:

وَكُلُّهُنَّ ذَاتُ يُتْمٍ مَا سِوَى مَنْ رَشَدَتْ أَوْ عُضِلَتْ فَهِيَ سَوَا

أَيْ: فَهِيَ مِمَّنْ يَنْطِقُ سَوَاءٌ كَانَتْ يَتِيمَةً أَوْ ذَاتَ أَبٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ ذَكَرَ الشَّيْخُ خَلِيلٍ هَذِهِ النَّظَائِرَ وَأَسْقَطَ مِنْهَا الْمُعَنَّسَةَ فَقَالَ: وَالثَّيِّبُ تُعْرِبُ كَبِكْرٍ رُشِّدَتْ أَوْ عُضِلَتْ أَوْ زُوِّجَتْ بِعَرْضٍ أَوْ بِرِقٍّ أَوْ عَيْبٍ أَوْ يَتِيمَةٍ أَوْ اُفْتِيتَ عَلَيْهَا[1].

(فَرْعَانِ):

الْأَوَّلُ: قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: فَإِنْ قَالَتْ مَا عَلِمْت مَا عَلِمْت أَنَّ الصَّمْتَ إِذْنٌ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْأَصَحِّ[2].

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: لِأَنَّهُ مُشْتَهِرٌ، وَلَعَلَّ مُقَابِلَ الْأَصَحِّ مَبْنِيٌّ عَلَى وُجُوبِ إِعْلاَمِهَا، وَإِلَّا فَلَوْ كَانَ اسْتِئْذَانُهَا مُسْتَحَبًّا بِلاَ خِلاَفٍ لَمَا صَحَّ أَنْ تُعْذَرَ بِالْجَهْلِ، وَاخْتَارَ عَبْدُ الْحَمِيدِ أَنْ يُنْظَرَ إِلَى أَمْرِ هَذِهِ الصَّبِيَّةِ، فَإِنْ عَلِمَ مِنْهَا الْبَلَهَ وَقِلَّةَ الْمَعْرِفَةِ قُبِلَ وَإِلَّا فَلاَ.

(فَائِدَةٌ) مَسَائِلُ لَا يُعْذَرُ فِيهَا بِالْجَهْلِ مِنْهَا هَذِهِ، ثُمَّ عَدَّ مِنْهَا نَحْوَ الْأَرْبَعِينَ مَسْأَلَةً، وَقَدْ نَظَمَهَا الشَّارِحُ بَهْرَامُ فِي الْكَبِيرِ، وَنَظَمَهَا غَيْرُهُ كَسَيِّدِي عَلِيٍّ الزَّقَّاقِ فِي الْمَنْهَجِ الْمُنْتَخَبِ، حَيْثُ قَالَ: هَلْ يُعْذَرُ ذُو الْجَهْلِ أَوْ لَا وَالَّذِي قَدْ حُقِّقَا. إِلَى تَمَامِ تِسْعَةِ أَبْيَاتٍ.

الثَّانِي: تَقَدَّمَ مِنْ جُمْلَةِ هَذِهِ النَّظَائِرِ الْمَرْأَةُ الَّتِي عَقَدَ عَلَيْهَا وَلِيُّهَا قَبْلَ أَنْ تَأْذَنَ لَهُ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْوِلَايَةَ حَقٌّ لِلْمَرْأَةِ، فَلاَ يَعْقِدُ عَلَيْهَا الْوَلِيُّ إِلَّا بِتَفْوِيضٍ مِنْ الْمَرْأَةِ لَهُ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ كَذَلِكَ، لَكِنْ هَذَا فِيمَا عَدَا الْأَبَ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ: بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا. وَأَنْكَرَ ذَلِكَ ابْنُ حَبِيبٍ وَقَالَ: هُوَ حَقٌّ لَهُ قَدْ اسْتَخْلَفَهُ اللهُ عَلَيْهِ، وَالْوَلِيُّ أَحَقُّ بِهِ مِنْهَا. فَهُمَا قَوْلَانِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: وَبَقِيَّةُ الْأَوْلِيَاءِ يُزَوِّجُونَ.

وَثَيِّبٌ بِعَارِضٍ كَالْبِكْرِ وَبِالْحَرَامِ الْخُلْفُ فِيهَا يَجْرِي

كَوَاقِعٍ قَبْلَ الْبُلُوغِ الْوَارِدِ وَكَالصَّحِيحِ مَا بِعَقْدٍ فَاسِدٍ

يَعْنِي أَنَّ الثُّيُوبَةَ الْحَاصِلَةَ بِأَمْرٍ عَارِضٍ كَحَمْلِ شَيْءٍ ثَقِيلٍ أَوْ بِالْقَفْزَةِ أَوْ بِكَثْرَةِ الضَّحِكِ فَإِنَّهَا كَالْعَدَمِ، وَكَأَنَّهَا مَا زَالَتْ بِكْرًا قَائِمَةَ الْعُذْرَةِ، وَتَسْتَمِرُّ عَلَيْهَا حُكْمُ الْجَبْرِ

---

(١) مختصر خليل ص ٩٧.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٥٦.

الَّذِي عَلَى الْبِكْرِ، وَأَمَّا إِنْ حَصَلَتْ الثُّيُوبَةُ بِحَرَامٍ -أَيْ بِزِنَا أَوْ غَصْبٍ-، فَفِي بَقَاءِ الْجَبْرِ عَلَيْهَا وَانْقِطَاعِهِ قَوْلَانِ.

التَّوْضِيحُ: الْقَوْلُ بِالْجَبْرِ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ، وَالْقَوْلُ بِعَدَمِهِ فِي الْجَلَّابِ، ثُمَّ شَبَّهَ فِي الْحُكْمِ السَّابِقِ وَهُوَ اسْتِمْرَارُ الْجَبْرِ وَعَدَمُ انْقِطَاعِهِ مَا إِذَا حَصَلَتْ الثُّيُوبَةُ بِنِكَاحٍ وَاقِعٍ قَبْلَ الْبُلُوغِ، ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ أَوْ طَلَّقَ وَرَجَعَتْ قَبْلَ الْبُلُوغِ أَيْضًا وَلَا إِشْكَالَ، وَالْإِجْبَارُ هُنَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ رَجَعَتْ بَعْدَ الْبُلُوغِ فَفِي الْجَبْرِ قَوْلَانِ، ظَاهِرِ النَّظْمِ الْجَبْرُ لِإِطْلَاقِهِ فِي النِّكَاحِ الْحَاصِلِ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَأَمَّا الثُّيُوبَةُ بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ فَإِنَّهَا كَالصَّحِيحِ لَا جَبْرَ مَعَهَا.

قَالَ فِي الْمَقْصِدِ الْمَحْمُودِ: وَالثُّيُوبَةُ غَيْرُ مُسْقِطَةٍ لِلْإِجْبَارِ إِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ نِكَاحٍ أَوْ مِنْ نِكَاحٍ فَرَجَعَتْ إِلَيْهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَاخْتُلِفَ إِنْ بَلَغَتْ هَلْ يَسْتَمِرُّ الْإِجْبَارُ أَوْ يَرْتَفِعُ.

وَقَالَ ابْنُ عَاتٍ فِي طُرَرِهِ: وَاخْتُلِفَ لَهَا كَانَتْ الْإِصَابَةُ مِنْ زِنَا أَوْ غَصْبٍ، فَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: تُجْبَرُ كَالْبِكْرِ.

قَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ: الْغَصْبُ وَالطَّوْعُ سَوَاءٌ يُجْبَرَانِ.

وَقَالَ ابْنُ الْجَلَّابِ: الثَّيِّبُ بِنِكَاحٍ أَوْ زِنَا سَوَاءٌ لَا تُجْبَرُ.

وَفِي سَمَاعِ عِيسَى: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَإِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ فَابْتَنَى بِهَا زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ الْمَحِيضَ، ثُمَّ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ غَيْرُ بَالِغٍ، فَتَزْوِيجُهُ جَائِزٌ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ مُؤَامَرَتِهَا مَا لَمْ تَحِضْ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ[(١)].

وَفِي الْمُقَرَّبِ: قُلْت لَهُ: أَرَأَيْت إِنْ زَنَتْ الْبِكْرُ فَحُدَّتْ أَوْ لَمْ تُحَدَّ، أَيَكُونُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا؟ قَالَ: نَعَمْ.

وَفِيهِ أَيْضًا: قَالَ سَحْنُونٌ: قُلْت لِابْنِ الْقَاسِمِ: فَإِنْ زَوَّجَهَا تَزْوِيجًا حَرَامًا فَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا وَجَامَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَلَمْ يَتَبَاعَدْ ذَلِكَ. فَقَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا إِلَّا بِرِضَاهَا؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ يُدْرَأُ بِهِ الْحَدُّ، وَيَلْحَقُ فِيهِ الْوَلَدُ، وَالْعِدَّةُ فِيهِ كَالْعِدَّةِ فِي النِّكَاحِ الْحَلَالِ. اهـ[(٢)].

وَإِنْ يُرَشِّدْهَا الْوَصِيُّ مَا أَبِي فِيهَا وِلَايَةَ النِّكَاحِ كَالْأَبِ

---

(١) البيان والتحصيل ٤/٤٠٨.

(٢) المدونة ٢/١٠١.

يَعْنِي أَنَّ الْوَصِيَّ إِذَا رَشَّدَ مَحْجُورَتَهُ وَأَطْلَقَ يَدَهَا عَلَى التَّصَرُّفِ فِي مَالِهَا، فَإِنَّ وِلَايَةَ نِكَاحِهَا لَا تَنْعَزِلُ عَنْهَا، كَالْحُكْمِ فِي أَبِيهَا الَّذِي جَاءَ الْوَصِيُّ بِسَبَبِهِ، فَكَمَا أَنَّ خُرُوجَهَا مِنْ حِجْرِ الْأَبِ لَا يَقْطَعُ نَظَرَهُ عَنْهَا فِي الْوِلَايَةِ، فَكَذَلِكَ خُرُوجُهَا مِنْ حِجْرِ الْوَصِيِّ الَّذِي هُوَ بِسَبَبِهِ لَا يَقْطَعُ نَظَرَهُ عَنْهَا فِي الْوِلَايَةِ، اللهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ مَنْ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ وَهُوَ الِابْنُ، فَكَذَلِكَ يَتَقَدَّمُ عَلَى وَصِيِّهِ.

قَالَ فِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: اُنْظُرْ إِذَا رَشَّدَ الْوَلِيُّ مَحْجُورَتَهُ، هَلْ تَسْقُطُ الْوِلَايَةُ عَنْهَا أَوْ لَا؟ قَالَ ابْنُ رُشْدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا أَذْكُرُ فِي ذَلِكَ نَصَّ رِوَايَةٍ، وَالَّذِي يُوجِبُهُ النَّظَرُ أَنَّ وِلَايَتَهُ بِهَا فِي النِّكَاحِ لَا تَسْقُطُ بِتَمْلِيكِهِ إِيَّاهَا أَمْرَ نَفْسِهَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ وَلِيًّا مِنْ أَوْلِيَائِهَا بِإِقَامَةِ الْأَبِ إِيَّاهُ لَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ، فَوَجَبَ أَنْ لَا تَسْقُطَ وِلَايَتُهُ عَنْهَا إِلَّا بِمَا كَانَتْ تَسْقُطُ بِهِ وِلَايَةُ الْأَبِ عَنْهَا، وَالْأَبُ لَوْ رَشَّدَهَا لَمْ تَسْقُطْ بِذَلِكَ وِلَايَتُهُ عَنْهَا، فَكَذَلِكَ هُوَ. فَتَدَبَّرْ ذَلِكَ. اهـ.

قَالَ الشَّارِحُ: أَقُولُ الْعَجَبُ مِنِ ابْنِ رُشْدٍ كَيْفَ قَالَ: لَا أَذْكُرُ نَصَّ رِوَايَةٍ مَعَ مَا ذَكَرَهُ الْمُتَيْطِيِّ مِنَ الْخِلَافِ عَنِ الْعُتْبِيَّةِ، وَاعْتَمَدَ الشَّيْخُ مَا نَقَلَهُ الْمُتَيْطِيِّ عَنْ أَصْبَغَ وَأَشْهَبَ وَذَهَبَ إِلَيْهِ ابْنُ رُشْدٍ؛ أَيْ مِنْ كَوْنِ الْوَصِيِّ أَوْلَى مِنَ الْوَلِيِّ فِي الثَّيِّبِ إِنْ خَرَجَتْ مِنَ الْوِلَايَةِ دُون قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونٍ، وَدُون مَا رَجَّحَهُ اللَّخْمِيُّ مِنْ كَوْنِ الْوَلِيِّ أَحَقَّ مِنَ الْوَصِيِّ. اهـ.

أَيْ: وَإِذَا كَانَ الْخِلَافُ فِي أَيِّهِمَا أَوْلَى فَإِنَّ ذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ بَقَاءَ وِلَايَةِ الْوَصِيِّ بَعْدَ تَرْشِيدِهَا، وَأَنَّ وِلَايَتَهُ لَمْ تَسْقُطْ إِذْ الْخِلَافُ، إِنَّمَا هُوَ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ وَهُوَ أَيُّهُمَا أَوْلَى، وَمُطْلَقُ بَقَاءِ وِلَايَتِهِ هُوَ الَّذِي فِي الْبَيْتِ، وَسَيُعِيدُ النَّاظِمُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي بَابِ الْحَجْرِ حَيْثُ قَالَ:

وَحَيْثُ رَشَّدَ الْوَصِيُّ مَنْ حَجْرِ ... وِلَايةِ النِّكَاحِ تَبْقَى بِالنَّظَرِ

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به

وَفَاسِدُ النِّكَاحِ مَهْمَا وَقَعَا ... فَالْفَسْخُ فِيهِ أَوْ تَلاَفٍ شُرِعَا

فَمَا فَسَادُهُ يَخُصُّ عَقْدَهُ ... فَفَسْخُهُ قَبْلَ الْبِنَا وَبَعْدَهُ

وَمَا فَسَادُهُ مِنَ الصَّدَاقِ ... فَهْوَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ بَعْدُ بَاقِ

يَعْنِي: أَنَّ النِّكَاحَ إِذَا وَقَعَ فَاسِدًا فَإِنَّهُ يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ: إِمَّا الْفَسْخُ، وَإِمَّا التَّلاَفِي وَالتَّدَارُكُ، فَمَا كَانَ فَسَادُهُ لِفَسَادِ عَقْدِهِ، فَالْحُكْمُ فِيهِ الْفَسْخُ، سَوَاءٌ عُثِرَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ، وَمَا فَسَدَ لِصَدَاقِهِ فَإِنَّهُ يُفْسَخُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَنَحْوُهُ فِي الرِّسَالَةِ وَغَيْرِهَا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَالظَّاهِرُ مِنَ الشَّارِعِ فِي عُقُودِ هَذِهِ الْمُعَامَلاَتِ أَنَّهَا مَهْمَا وَقَعَتْ مُخَالِفَةً لِمَا اسْتَقَرَّ مِنْهَا شَرْعًا، وَكَانَتِ الْمُخَالَفَةُ فِيهَا مِمَّا يُمْكِنُ تَلاَفِيهَا وَيَتَأَتَّى اسْتِدْرَاكُ الْأَمْرِ فِيهَا، فَإِنَّ الْمَشْرُوعَ فِيهَا الْإِصْلاَحُ وَالاِسْتِدْرَاكُ وَالتَّلاَفِي لِمَا فُرِضَ اخْتِلاَلُهُ مِنَ الْأَرْكَانِ وَالتَّحْصِيلِ لِمَا وَقَعَ إِهْمَاله مِنَ الشُّرُوطِ، وَمَهْمَا كَانَتْ الْمُخَالَفَةُ فِيهَا مِمَّا لَا يُمْكِنُ تَلاَفِيهَا وَلَا يَتَأَتَّى اسْتِدْرَاكُ الْأَمْرِ فِيهَا لِخُرُوجِ الْمَاهِيَّةِ عَمَّا قَصَدَ بِهَا شَرْعًا، أَوْ مُنَافَاتِهَا لِمَا اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهَا وَضْعًا، فَإِنَّ الْمَشْرُوعَ فِيهَا الْفَسْخُ وَالْإِبْطَالُ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَالْعَقْدُ الْمَلْزُومُ لِلتَّلاَقِي فَاسِدٌ مُطْلَقًا لِعَدَمِ قَبُولِهِ التَّصْحِيحَ، كَنَقْلِ ابْنِ شَاسٍ: تَزْوِيجَ عَبْدِهِ بِجَعْلِهِ مَهْرَهُ فَاسِدًا لِأَدَاءِ ثُبُوتِهِ لِنَفْيِهِ، وَلِمُنَافَاةِ الْمِلْكِ لِلنِّكَاحِ لَوْ ثَبَتَ بِخِلاَفِ كَوْنِ الْمَهْرِ خَمْرًا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْجُزَيْرِيُّ: وَالْفَسَادُ عَلَى وَجْهَيْنِ: فَسَادٌ فِي الْعَقْدِ، وَفَسَادٌ فِي الصَّدَاقِ، فَالْفَسَادُ لِعَقْدِهِ عَلَى ضَرْبَيْنِ: وَجْهٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ عِنْدَ الْأَئِمَّةِ، وَوَجْهٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَالْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ كَذَوَاتِ الْمَحَارِمِ، فَيُفْسَخُ أَبَدًا بِغَيْرِ طَلاَقٍ، وَلَا مُوَارَثَةَ فِيهِ وَلَا خُلْعٍ(١)، وَفِيهِ الْمُسَمَّى بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَيَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ، وَيُحَدُّ إِنْ كَانَ عَالِمًا، وَهَذِهِ إِحْدَى الْمَسَائِلِ الَّتِي يَلْحَقُ فِيهَا الْوَلَدُ مَعَ وُجُوبِ الْحَدِّ وَهِيَ قَلِيلَةٌ.

---

(١) وهو قول خليل في فصل الخلع فيما يرد فيه ما وقع به الخلع، حيث قال: أو لكونه يفسخ بلا طلاق. المختصر ص ١١٣.

وَالْمُخْتَلَفُ فِيهِ كَنِكَاحِ الشِّغَارِ وَالْمُحَرَّمِ وَشِبْهِ ذَلِكَ، فَالْفَسْخُ فِيهِ بِطَلَاقٍ، وَيَمْضِي فِيهِ الْخُلْعُ، وَهُوَ آخِرُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ لِرِوَايَةٍ بَلَغَتْهُ عَنْ مَالِكٍ، وَقَدْ كَانَ يَقُولُ: كُلُّ نِكَاحٍ يَكُونَانِ مَغْلُوبَيْنِ عَلَى فَسْخِهِ يُفْسَخُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ، كَنِكَاحِ الْمَحْرَمِ وَشَبَهِهِ، وَالْفَاسِدِ لِصَدَاقِهِ كَالنِّكَاحِ بِغَرَرٍ أَوْ حَرَامٍ أَوْ بِمَجْهُولٍ فِي صَدَاقٍ أَوْ أَجَلٍ، فَيُفْسَخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَلَا صَدَاقَ فِيهِ وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ، وَيَجِبُ صَدَاقُ الْمِثْلِ. اهـ[1].

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَهُوَ طَلَاقٌ إِنْ اخْتَلَفَ فِيهِ كَمُحَرَّمٍ وَشِغَارٍ، وَالتَّحْرِيمُ بِعَقْدِهِ وَوَطْئِهِ وَفِيهِ الْإِرْثُ، كَإِنْكَاحِ الْمَرِيضِ وَإِنْكَاحِ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ لَا إِنْ اتُّفِقَ عَلَى فَسَادِهِ، فَلَا طَلَاقَ وَلَا إِرْثَ كَخَامِسَةٍ وَحُرِّمَ وَطْؤُهُ فَقَطْ، وَمَا فُسِخَ بَعْدَهُ فَالْمُسَمَّى وَإِلَّا فَصَدَاقُ الْمِثْلِ، وَسَقَطَ بِالْفَسْخِ قَبْلَهُ[2].

وَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ قَبْلَ بَابِ النَّفَقَةِ:

وَفَسْخُ فَاسِدٍ بِلَا وِفَاقِ ... بِطَلْقَةٍ تُعَدُّ فِي الطَّلَاقِ
وَمَنْ يَمُتْ قَبْلَ وُقُوعِ الْفَسْخِ ... فِي ذَا فَمَا لِإِرْثِهِ مِنْ نَسْخِ
وَفَسْخُ مَا الْفَسَادُ فِيهِ مُجْمَعُ ... عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ يَقَعُ

اهـ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيُّ: وَهَذِهِ إِحْدَى الْمَسَائِلِ الَّتِي يَلْحَقُ فِيهَا الْوَلَدُ، إِلَى آخِرِ هَذِهِ النَّظَائِرِ، أَشَارَ لَهَا سَيِّدِي عَلِيٌّ الزَّقَّاقُ بِقَوْلِهِ آخِرَ الْمَنْهَجِ الْمُنْتَخَبِ: وَنَسَبٌ وَالْحَدُّ لَنْ يَجْتَمِعَا. الْأَبْيَاتُ الثَّلَاثَةُ أُنْظُرْهَا فِي شَرْحِهِ، وَانْظُرْهَا آخِرَ بَابِ الِاسْتِلْحَاقِ مِنْ التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَيُحَدُّ الْوَاطِئُ الْعَالِمُ... إِلَخْ[3]. وَيَأْتِي ذِكْرُهَا قَرِيبًا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَحَيْثُ دَرْءُ الْحَدِّ يَلْحَقُ الْوَلَدْ ... فِي كُلِّ مَا مِنَ النِّكَاحِ قَدْ فَسَدَ
وَلِلَّتِي كَانَ بِهَا اسْتِمْتَاعُ ... صَدَاقُهَا لَيْسَ لَهُ امْتِنَاعُ

---

(١) المدونة ٢/١١٩.
(٢) مختصر خليل ص ٩٨.
(٣) جامع الأمهات ص ٤١٤.

يَعْنِي أَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ الْمُتَّفَقَ عَلَى فَسَادِهِ إِنْ دُرِئَ فِيهِ الْحَدُّ عَنِ الْوَاطِئِ كَنِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ أَوْ ذَاتِ مَحْرَمٍ أَوْ رَضَاعٍ غَيْرِ عَالِمٍ بِهَا، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَلْحَقُ بِهِ، وَمَفْهُومُهُ إِنْ لَمْ يُدْرَأْ فِيهِ الْحَدُّ، فَإِنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْحَقُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ زِنَا، يُرِيدُ إِلَّا فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي يُحَدُّ فِيهَا الْوَاطِئُ وَيُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ، فَيَجْتَمِعُ فِيهَا الْحَدُّ وَالنَّسَبُ، فَهَذَا الْقَيْدُ فِي الْمَفْهُومِ، وَذَلِكَ مَنْ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَيُقِرُّ أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، وَعَلِمَ أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ وَوَطِئَهَا وَأَوْلَدَهَا، فَيُحَدُّ وَيُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ أَوْ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ، ثُمَّ يُقِرُّ أَنَّهَا خَامِسَةٌ وَيَطَؤُهَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ، أَوْ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَيَطَؤُهَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ بِنَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ، مَعَ عِلْمِهِ بِعَدَمِ حِلِّيَّةِ ذَلِكَ، فَيُحَدّ وَيَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ، وَإِلَيْهَا أَشَارَ سَيِّدِي عَلِيٌّ الزَّقَّاقُ بِقَوْلِهِ:

وَنَسَبٌ وَالْحَدُّ لَنْ يَجْتَمِعَا ... إِلَّا بِزَوْجَاتٍ ثَلَاثٍ فَاسْمَعَا

مَبْتُوتَةٍ خَامِسَةٍ وَمَحْرَمِ ... وَأَمَتَيْنِ حُرَّتَيْنِ فَاعْلَمْ

فَالزَّوْجَاتُ الثَّلَاثُ مِنْ هَذِهِ وَالْأَمَتَانِ الْحُرَّتَانِ هُمَا مَنْ يَشْتَرِي أَمَةً مِمَّنْ تُعْتَقُ عَلَيْهِ وَيُوَلِّدُهَا، ثُمَّ يُقِرُّ أَنَّهُ وَطِئَهَا عَالِمًا بِذَلِكَ، أَوْ مَنْ يَشْتَرِي الْأَمَةَ فَيُوَلِّدُهَا، ثُمَّ يُقِرُّ بِحُرِّيَّتِهَا وَشِرَائِهَا مَعَ عِلْمِهِ بِحُرِّيَّتِهَا.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَلِلَّتِي كَانَ بِهَا اسْتِمْتَاعُ...» الْبَيْتُ. فَيَعْنِي بِذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا دَخَلَ بِالْمَرْأَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ الَّذِي يُفْسَخُ، وَلَوْ دَخَلَ فَإِنَّ لَهَا صَدَاقَهَا كَامِلاً إِنْ كَانَ نِكَاحَ تَسْمِيَةٍ، وَإِنْ كَانَ تَفْوِيضًا فَصَدَاقُ الْمِثْلِ، وَتَقَدَّمَ قَوْلُهُ فِي الْمُخْتَصَرِ: وَمَا فُسِخَ بَعْدَهُ فَالْمُسَمَّى وَإِلَّا فَصَدَاقُ الْمِثْلِ[1]. وَالْمُرَادُ بِالِاسْتِمْتَاعِ فِي الْبَيْتِ الْوَطْءُ، بِدَلِيلِ وُجُوبِ الصَّدَاقِ كَامِلاً، وَأَمَّا مُقَدِّمَاتُهُ فَلَا يَجِبُ بِهَا كُلُّ الصَّدَاقِ.

وَالْعَقْدَ لِلنِّكَاحِ فِي السِّرِّ اجْتَنِبْ ... وَلَوْ بِالِاسْتِكْتَامِ وَالْفَسْخُ يَجِبْ

يَعْنِي أَنَّ نِكَاحَ السِّرِّ مَمْنُوعٌ يَجِبُ اجْتِنَابُهُ، وَيُفْسَخُ إِنْ وَقَعَ، وَإِنْ كَانَ السِّرُّ فِيهِ بِاسْتِكْتَامِ الشُّهُودِ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت: وَلَوْ أَنَّ رَجُلاً نَكَحَ بِبَيِّنَةٍ، وَأَمَرَهُمْ أَنْ يَكْتُمُوا ذَلِكَ، أَيَجُوزُ هَذَا النِّكَاحُ؟ قَالَ: لَا، وَإِنْ كَثُرَتْ الْبَيِّنَةُ، وَالنِّكَاحُ بِذَلِكَ مَفْسُوخٌ إِذَا كَانَ أَصْلُهُ عَلَى

---

(١) مختصر خليل ص ٩٨.

الاِسْتِسْرَارِ وَأَمْرِ الشُّهُودِ بِكِتْمَانِهِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَنِكَاحُ السِّرِّ بَاطِلٌ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ الْمُتَوَاصَى بِكَتْمِهِ وَإِنْ أَشْهَدَا فِيهِ، وَيُفْسَخُ بَعْدَ الْبِنَاءِ وَإِنْ طَالَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: هُوَ الَّذِي دَخَلَ وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهِ[(١)].

التَّوْضِيحُ: الْمَشْهُورُ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ أَنَّ نِكَاحَ السِّرِّ هُوَ الْمُتَوَاصَى بِكَتْمِهِ وَلَوْ كَانُوا مِائَةَ شَاهِدٍ، ثُمَّ قَالَ: وَإِنَّمَا يَفْسُدُ عَلَى الْمَشْهُورِ إِذَا أَوْصَى بِالْكِتْمَانِ قَبْلَ الْعَقْدِ، وَأَمَّا لَوْ أَوْصَى الشُّهُودَ بِالْكِتْمَانِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ، وَيُؤْمَرُونَ بِإِشْهَارِهِ.

أَشْهَبُ: وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، وَإِنْ نَكَحَ عَلَى نِيَّةِ الاِسْتِكْتَامِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلْيُفَارِقْ[(٢)].

وَقَالَ أَصْبَغُ: لَا أَرَى أَنْ يَفْسَخَ إِذَا لَمْ يَكُنْ إِلَّا ضَمِيرٌ فِي نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ وَنِيَّتُهُ أَنْ يُفَارِقَ.

وَالْبُضْعُ بِالْبُضْعِ هُوَ الشِّغَارُ ... وَعَقْدُهُ لَيْسَ لَهُ قَرَارُ

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: أَصْلُ الشِّغَارِ فِي اللُّغَةِ الرَّفْعُ، مِنْ قَوْلِهِمْ: شَغَرَ الْكَلْبُ رِجْلَهُ إِذَا رَفَعَهَا لِيَبُولَ. ثُمَّ اسْتَعْمَلُوهُ فِيمَا يُشْبِهُهُ، فَقَالُوا: شَغَرَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ إِذَا فَعَلَ بِهَا ذَلِكَ لِلْجِمَاعِ. ثُمَّ اسْتَعْمَلُوهُ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ مَهْرٍ إِذَا كَانَ وَطْئًا بِوَطْءٍ وَفِعْلاً بِفِعْلٍ، فَكَأَنَّ الرَّجُلَ يَقُولُ لِلآخَرِ: شَاغِرْنِي -أَيْ أَنْكِحْنِي- وَلِيَّتَك وَأُنْكِحُك وَلِيَّتِي بِغَيْرِ صَدَاقٍ.

قَالَ فِي الْمُقَدِّمَاتِ: قِيلَ: وَإِنَّمَا سُمِّيَ نِكَاحَ الشِّغَارِ لِخُلُوِّهِ عَنْ الصَّدَاقِ، مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِهِمْ: بَلْدَة شَاغِرَةٌ. أَيْ خَالِيَةٌ مِنْ أَهْلِهَا، وَنِكَاحُ الشِّغَارِ عَلَى وَجْهَيْنِ: صَرِيحُ الشِّغْرِ، وَوَجْهُ الشِّغَارِ، فَصَرِيحُ الشِّغَارِ: هُوَ أَنْ لَا يُذْكَرَ فِيهِ صَدَاقٌ، كَزَوِّجْنِي ابْنَتَك عَلَى أَنْ أُزَوِّجَك ابْنَتِي. فَيَكُونُ صَدَاقُ كُلِّ وَاحِدَةٍ بِضْعَ الْأُخْرَى، وَيُفْسَخُ أَبَدًا، وَإِنْ دَخَلَ وَطَالَ وَوَلَدَتْ الْأَوْلَادَ، وَوَجْهُ الشِّغَارِ: أَنْ يَذْكُرَ فِيهِ صَدَاقَ كُلِّ وَاحِدَةٍ، سَوَاءٌ كَانَ مُمَاثِلاً لِصَدَاقِ الْأُخْرَى أَوْ مُخَالِفًا، كَزَوِّجْنِي أُخْتَك بِمِائَةٍ عَلَى أَنْ أُزَوِّجُك أُخْتِي بِمِائَةٍ أَوْ بِخَمْسِينَ، وَيُفْسَخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَدَاقُ مِثْلِهَا مِمَّا سُمِّيَ، فَلاَ تَنْقُصُ عَنْ الْمُسَمَّى، فَإِنْ سَمَّوْا لِوَاحِدَةٍ دُونَ أُخْرَى كَزَوِّجْنِي أُخْتَك بِمِائَةٍ عَلَى أَنْ أُزَوِّجَك أُخْتِي فَهُوَ مُرَكَّبٌ مِنْ الْوَجْهَيْنِ، وَكُلُّ وَاحِدَةٍ عَلَى حُكْمِهَا، فَالَّتِي سُمِّيَ لَهَا

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٥٩.

(٢) مواهب الجليل ٥/٨١.

يُفْسَخُ نِكَاحُهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ بِصَدَاقِ المِثْلِ، وَالَّتِي لَمْ يُسَمِّ لَهَا يُفْسَخُ أَبَدًا قَبْلَ الْبِنَاءِ وَبَعْدَهُ.

وَنَقَلَ الشَّارِحُ هَذَا الْفِقْهَ عَنْ المُقَرِّبِ، وَفِيهِ قُلْت: فَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي أَمَتَك بِلاَ مَهْرٍ، وَأُزَوِّجُك أَمَتِي بِلاَ مَهْرٍ. فَقَالَ مَالِكٌ: الشِّغَارُ بَيْنَ الْعَبِيدِ كَالشِّغَارِ بَيْنَ الْأَحْرَارِ، يُفْسَخُ وَإِنْ دَخَلَ بِهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: زَوِّجْ عَبْدِي أَمَتَك بِلاَ مَهْرٍ عَلَى أَنْ أُزَوِّجَ عَبْدَكَ أَمَتِي بِلاَ مَهْرٍ. فَهَذَا كُلُّهُ شِغَارٌ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ رَضِيَ النِّسَاءُ بِهِ. اهـ[1].

فَقَوْلُهُ: وَعَقْدُهُ لَيْسَ لَهُ قَرَارٌ فِيهِ إِجْمَالٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ صَرِيحًا فَلاَ يُقَرُّ مُطْلَقًا، دَخَلَ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، وَإِنْ كَانَ وَجْهًا فَلاَ قَرَارَ لَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَأَمَّا بَعْدَهُ فَإِنَّهُ يُقَرُّ.

وَأَجَلُ الْكَالِئِ مَهْمَا أُغْفِلاَ قَبْلَ الْبِنَاءِ الْفَسْخُ فِيهِ أُعْمِلاَ

إِذَا كَانَ بَعْضُ الصَّدَاقِ مُؤَخَّرًا وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى بِالْكَالِئِ، فَلاَ بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ قَدْرِ تَأْخِيرِهِ، فَإِذَا لَمْ يُعَيَّنْ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِنِسْيَانٍ أَوْ غَفْلَةٍ فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ، وَيُضْرَبُ لَهُ مِنَ الأَجَلِ بِحَسَبِ عُرْفِ الْبَلَدِ فِي الْكَالِئِ قِيَاسًا عَلَى بَيْعِ الْخِيَارِ إِذَا لَمْ يُضْرَبْ لِلْخِيَارِ أَجَلٌ، فَإِنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ الْخِيَارِ فِي تِلْكَ السِّلْعَةِ المَبِيعَةِ عَلَى الْخِيَارِ، وَالْبَيْعُ جَائِزٌ.

وَإِنْ تَرَكَ تَعْيِينَ قَدْرِ تَأْخِيرِهِ قَصْدًا فَهَذَا هُوَ الَّذِي يُفْسَخُ فِيهِ النِّكَاحُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ بِصَدَاقِ المِثْلِ، وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ قَوْلُهُ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: قَالَ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ: وَفِي المُتَيْطِيَّةِ قَالَ بَعْضُ الْقَرَوِيِّينَ: وَهُوَ دَلِيلُ المُدَوَّنَةِ، وَهُوَ المَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ وَبِهِ الْحُكْمُ. اهـ.

فَفِي تَعْبِيرِ النَّاظِمِ بِالْإِغْفَالِ مُسَامَحَةٌ؛ لِأَنَّ الْغَفْلَةَ وَالذُّهُولَ لَا يَنْبَنِي عَلَيْهِمَا حُكْمٌ حَتَّى يَنْفَسِخَ النِّكَاحُ مِنْ أَجْلِهَا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «وَرُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ»[2].

ثُمَّ ذَكَرَ الشَّارِحُ إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَالْوَلِيُّ فِي أَجَلِ الْكَالِئِ وَقَالَ الشُّهُودُ: نَسِينَاهُ. أُنْظُرْهُ فِيهِ.

وَمَا يُنَافِي الْعَقْدَ لَيْسَ يُجْعَلُ شَرْطًا وَغَيْرُهُ بِطَوْعٍ يُقْبَلُ

مُرَادُهُ بِالْبَيْتِ الْكَلاَمُ عَلَى شُرُوطِ النِّكَاحِ، وَقَسَّمَهَا إِلَى مَا يُنَافِي الْعَقْدَ، فَلاَ يَجُوزُ جَعْلُهُ

---

(١) المدونة ٢/٩٨.

(٢) سنن ابن ماجه (كتاب: الطلاق/باب: طلاق المكره والناسي/حديث رقم: ٢٠٤٣، ٢٠٤٥).

شَرْطًا فِي عَقْدِ النِّكَاحِ إِلَى مَا لَا يُنَافِيه، فَيَجُوزُ جَعْلُهُ طَوْعًا بَعْدَ الْعَقْدِ، وَيُكْرَهُ اشْتِرَاطُهُ فِي الْعَقْدِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: حَاصِلُهُ أَنَّ الشَّرْطَ فِي النِّكَاحِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: مَا يُنَاقِضُ مُقْتَضَاهُ مِثْلُ أَنْ لَا يَقْسِمُ لَهَا، أَوْ يُؤْثِرُ عَلَيْهَا، أَوْ لَا نَفَقَةَ لَهَا، أَوْ لَا مِيرَاثَ لَهَا، فَكَالصَّدَاقِ الْفَاسِدِ أَنْ يُفْسَخَ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، هَكَذَا قَالَ فِي الْجَوَاهِرِ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ، وَنَقَلَ بَعْضُهُمْ الاتِّفَاقَ عَلَى ذَلِكَ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ: وَنُقِلَ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ تَزَوَّجَ عَلَى أَنْ لَا نَفَقَةَ وَلَا مِيرَاثَ أَنَّهُ يُفْسَخُ بَعْدَ الْبِنَاءِ. اهـ.

وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَنِ ابْنِ عَرَفَةَ مَا نَصَّهُ: وَشَرْطُ مَا يُنَاقِضُهُ قَالَ اللَّخْمِيُّ: كَشَرْطِ أَنْ لَا يَأْتِيَهَا لَيْلاً، أَوْ الْأَثَرَةُ عَلَيْهَا، أَوْ لَا يُعْطِيهَا الْوَلَدَ، أَوْ لَا نَفَقَةَ لَهَا، أَوْ لَا إِرْثَ بَيْنَهُمَا فِي فَسْخِهِ مُطْلَقًا، أَوْ قَبْلَ الْبِنَاءِ. ثَالِثُهَا: تُخَيَّرُ الْمَرْأَةُ، وَلَوْ بَنَى بِهَا فِي إِسْقَاطٍ فَيَمْضِي وَالتَّمَسُّكُ بِهِ، فَيُفْسَخُ لِنَقْلِ اللَّخْمِيِّ، وَنَقْلِهِ عَنِ ابْنِ زِيَادٍ. اهـ.

ثُمَّ قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: الْقِسْمُ الثَّانِي: مَا لَا يُنَاقِضُهُ، بَلْ يَكُونُ الْعَقْدُ يَقْتَضِيه وَإِنْ لَمْ يُذْكَرْ، كَشَرْطِهِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا، أَوْ يَبِيتَ عِنْدَهَا، أَوْ لَا يُؤْثِرَ عَلَيْهَا وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَوُجُودُ هَذَا وَعَدَمُهُ سَوَاءٌ، وَلَا يُوقِعُ فِي الْعَقْدِ خَلَلاً، وَيُحْكَمُ بِهِ إِنْ تُرِكَ أَوْ ذُكِرَ، إِلَّا إِنَّهُ إِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يَضْرِبَهَا مَثَلاً، ثُمَّ أَثْبَتَتْ الضَّرَرَ، فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ رَفْعٍ لِحَاكِمٍ، وَإِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ فَفِي اشْتِرَاطِ الرَّفْعِ لِلْحَاكِمِ وَعَدَمِ اشْتِرَاطِهِ قَوْلَانِ، كَمَا يَقُولُهُ النَّاظِمُ فِي فَصْلِ الضَّرَرِ وَبَعْثِ الْحَكَمَيْنِ:

وَحَيْثُمَا الزَّوْجَةُ تُثْبِتُ الضَّرَرْ ....

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: مَا لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْعَقْدِ، فَلاَ يَقْتَضِيه وَلَا يُنَافِيه، وَلِلْمَرْأَةِ فِيهِ غَرَضٌ، كَشَرْطِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا. فَذَكَرَ ابْنُ الْحَاجِبِ: أَنَّهُ مَكْرُوهٌ وَيُلْغَى. اهـ[1].

وَإِلَى هَذِهِ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَإِذَا شَرَطَ مَا يُنَاقِضُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ، مِثْلَ أَنْ لَا يَقْسِمَ لَهَا أَوْ يُؤْثِرَ عَلَيْهَا، فَكَالصَّدَاقِ الْفَاسِدِ، وَمَا لَا يُنَاقِضُهُ يُلْغَى، فَإِنْ كَانَ لَهَا فِيهِ غَرَضٌ مِثْلُ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ لَا يَتَسَرَّى، أَوْ لَا يُخْرِجُهَا مِنْ بَلَدِ أَبِيهَا، أَوْ بَيْتِ عَمِّهَا، وَقَالَ مَالِكٌ: لَقَدْ أَشَرْت عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَنْهَى النَّاسَ عَنْ ذَلِكَ وَلَيْسَ

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧٨.

بِلاَزِم. اهـ(١).

قَوْلُهُ: أَنْ يَنْهَى النَّاسَ عَنْ ذَلِكَ. أَيْ: عَنْ التَّزْوِيجِ عَلَى الشَّرْطِ، وَلَا يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ بَلْ يُسْتَحَبُّ.

ثُمَّ قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَقَوْلُ المُصَنِّفِ فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ: مَكْرُوهٌ سَبَبُ الْكَرَاهَةِ فِيهِ وَاضِحٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ غَرَضِ المَرْأَةِ، وَلِهَذَا قَالَ ابْنُ شِهَابٍ وَغَيْرُهُ بِلُزُومِ الشُّرُوطِ هُنَا. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «وَمَا يُنَافِي الْعَقْدَ لَيْسَ يُجْعَلُ شَرْطًا». يَعْنِي: وَلَا طَوْعًا، وَهَذَا هُوَ الْقِسْمُ الْأَوَّلُ، وَقَوْلُهُ: وَغَيْرُهُ بِطَوْعٍ يُقْبَلُ يَشْمَلُ الْقِسْمَ الثَّانِي وَالثَّالِثَ، إِلَّا أَنَّ الثَّانِيَ يَجُوزُ جَعْلُهُ شَرْطًا فِي الْعَقْدِ وَطَوْعًا بَعْدُ، وَأَمَّا الثَّالِثُ فَيَجُوزُ طَوْعًا بَعْدَهُ الْعَقْدُ، وَيُكْرَهُ اشْتِرَاطُهُ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَكُلُّ مَا لَا يُنَافِيه اسْتَخَفَّ المُوَثِّقُونَ كَتْبَهُ عَلَى الطَّوْعِ. اهـ.

وَقَدْ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ لِلْقِسْمِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ: وَمَا فَسَدَ لِصَدَاقِهِ أَوْ عَلَى شَرْطٍ يُنَاقِضُ الْعَقْدَ كَأَنْ لَا يَقْسِمُ لَهَا أَوْ يُؤْثِرُ عَلَيْهَا(٢).

وَإِلَى الثَّانِي بِقَوْلِهِ: وَجَازَ شَرْطُ أَنْ لَا يُضِرَّ بِهَا فِي عِشْرَةٍ وَكِسْوَةٍ وَنَحْوِهِمَا، وَإِلَى الثَّالِثِ بِقَوْلِهِ: بِخِلَافِ أَلْفٍ، وَإِنْ أَخْرَجَهَا مِنْ بَلَدِهَا أَوْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَلْفَانِ، وَلَا يَلْزَمُ الشَّرْطُ وَكُرِهَ، وَلَهَا الْأَلْفُ الثَّانِيَةُ إِنْ خَالَفَ.

وَفِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: وَكَرِهَ مَالِكٌ الشُّرُوطَ وَقَالَ: لَا أَرَى لِأَحَدٍ أَنْ يَكْتُبَ شَهَادَتَهُ فِي كِتَابٍ فِيهِ الشُّرُوطُ وَيَلْزَمُ النِّكَاحُ، وَإِنْ كَانَتْ بِعَقْدِ يَمِينٍ، كَقَوْلِهِ: الدَّاخِلَةُ طَالِقٌ أَوْ أَمْرُهَا بِيَدِهَا، وَالطَّوْعُ فِيهَا أَحْسَنُ مِنْ أَنْ يَعْقِدَ بِشَرْطٍ، وَهِيَ مَحْمُولَةٌ عَلَى الطَّوْعِ حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّهَا كَانَتْ مُشْتَرِطَةً فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي النِّكَاحِ بِالشُّرُوطِ فَرَأَى قَوْمٌ فَسْخَهُ وَرَأَى مَالِكٌ وَمَنْ ذَهَبَ مَذْهَبَهُ أَنَّ النِّكَاحَ بِهَا مَكْرُوهٌ، فَإِنْ نَزَلَ بِهَا لَزِمَتْ وَجَازَ النِّكَاحُ، وَلِهَذَا الِاخْتِلَافِ يَكْتُبُ قَوْمٌ مِنْ المُوَثِّقِينَ شَرَطَ فُلَانٌ لِزَوْجَتِهِ فُلَانَةَ شُرُوطًا طَاعَ بِهَا بَعْدَ أَنْ مَلَكَ عِصْمَةَ نِكَاحِهَا.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧٨.

(٢) مختصر خليل ص ٩٨.

وَيَفْسُدُ النِّكَاحُ بِالْإِمْتَاعِ فِي عُقْدَتِهِ وَهُوَ عَلَى الطَّوْعِ اُقْتُفِيَ

الْإِمْتَاعُ إِعْطَاءُ الزَّوْجَةِ أَوْ أَبِيهَا شَيْئًا لِلزَّوْجِ إِمَّا فِي عَقْدِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَهُ، كَإِمْتَاعِهِ بِسُكْنَى دَارِهَا أَوْ اسْتِغْلَالِ أَرْضِهَا، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ فَسَدَ النِّكَاحُ، وَإِنْ كَانَ طَوْعًا بَعْدَ الْعَقْدِ جَازَ.

قَالَ الْإِمَامُ أَبُو عَبْدِ اللهِ الْمَازِرِيُّ: فِي تَوْجِيهِ الْمَنْعِ وَفَسَادِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ أَمَدِ الزَّوْجِيَّةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مَجْهُولٌ؛ إِذْ لَا يَدْرِي مَتَى يَقَعُ الطَّلَاقُ أَوْ الْمَوْتُ، فَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا وَقَارَنَ الْعَقْدَ فَالصَّدَاقُ الْمَبْذُولُ مِنْ الزَّوْجِ بَعْضُهُ عِوَضٌ عَنْ هَذَا الْإِسْكَانِ الْمَجْهُولِ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى مِنْ الْأَعْوَاضِ الْمَالِيَّةِ، وَهِيَ أَظْهَرُ فِي كَوْنِهَا عِوَضًا مَالِيًّا مِنْ الْفَرْجِ، وَمُحَالٌ أَنْ لَا يَجْعَلَ لَهَا حِصَّةً مِنْ الصَّدَاقِ.

فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يُعَاوِضُ عَلَيْهِ الزَّوْجُ وَهُوَ مَجْهُولٌ فَسَدَ الْعَقْدُ فِيهِ، وَوَجَبَ فَسْخُ النِّكَاحِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى الْمَشْهُورِ إِلَّا رِوَايَةً شَاذَّةً، وَأَمَّا إِنْ وَقَعَ الدُّخُولُ فَفِي فَسْخِهِ اخْتِلَافٌ مَشْهُورٌ.

وَلَمَّا وَقَفَ الْخَطِيبُ الشَّهِيرُ أَبُو الْقَاسِمِ ابْنُ جُزَيٍّ عَلَى جَوَابِ الْمَازِرِيِّ الْمُتَقَدِّمِ أَجَابَ بِأَنَّ ذَلِكَ فَاسِدٌ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

الْأَوَّلُ: مَا ذَكَرَهُ الْمَازِرِيُّ مِنْ الْجَهْلِ فِي ذَلِكَ وَمَا يُقَابِلُهُ مِنْ الصَّدَاقِ.

الثَّانِي: أَنَّهُ يَجْتَمِعُ فِيهِ بَيْعٌ وَنِكَاحٌ وَاجْتِمَاعُهُمَا مَمْنُوعٌ، وَذَلِكَ أَنَّ الزَّوْجَ يَبْذُلُ بَعْضَ الصَّدَاقِ فِي مُقَابَلَةِ الْفَرْجِ وَهُوَ النِّكَاحُ، وَبَعْضَهُ فِي مُقَابَلَةِ مَا يُمَتَّعُ بِهِ مِنْ الْمَالِ وَهُوَ الْبَيْعُ.

الثَّالِثُ: أَنَّهُ يُؤَدِّي؛ لِأَنْ يَبْقَى النِّكَاحُ بِغَيْرِ صَدَاقٍ، فَإِنَّ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ الزَّوْجُ مِنْ الِاسْتِغْلَالِ وَالسُّكْنَى رُبَّمَا يَكُونُ مِثْلَ الصَّدَاقِ أَوْ أَكْثَرَ، لَا سِيَّمَا إِنْ طَالَتْ مُدَّةُ الْإِمْتَاعِ فَيُقَابِلُ الصَّدَاقَ بِذَلِكَ، فَكَأَنَّهُ لَمْ يُعْطِهَا شَيْئًا، وَلَكِنْ إِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ إِذَا كَانَ الْإِمْتَاعُ شَرْطًا مُقَارِنًا لِلْعَقْدِ، فَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا بَعْدَ انْعِقَادِ الْبَيْعِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّ الْمَرْأَةَ أَعْطَتْهُ حَظًّا مِنْ مَالِهَا، وَذَلِكَ جَائِزٌ بِشَرْطِ أَنْ لَا تَنْعَقِدَ عَلَيْهِ الْقُلُوبُ حِينَ الْعَقْدِ، وَيَجُوز أَيْضًا أَنْ يَكُونَ مُقَارِنًا لِلْعَقْدِ إِنْ كَانَ الْإِمْتَاعُ فِي غَيْرِ مِلْكِ الزَّوْجَةِ، أَلَا تَرَى مَا رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ أَجَازَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِآخَرَ: تَزَوَّجْ ابْنَتِي عَلَى أَنْ أُعْطِيَك مِائَةَ دِينَارٍ. لِأَنَّ الْمِائَةَ دِينَارٍ مِنْ مَالِ وَالِدِ الزَّوْجَةِ لَا مِنْ مَالِهَا، وَهَذَا أَشَدُّ مِنْ الْإِمْتَاعِ. اهـ.

فصل في مسائل من النكاح

وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ حَيْثُ أُوصِيَا وَعَقَدَا عَلَى صَبِيٍّ أُمْضِيَا

يَعْنِي أَنَّ الْعَبْدَ وَالْمَرْأَةَ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَصِيًّا عَلَى مَحْجُورٍ ذَكَرٍ وَعَقَدَا لَهُ النِّكَاحَ، فَإِنَّهُ يَمْضِي وَلَوْ كَانَ المَحْجُورُ صَبِيًّا صَغِيرًا؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ الْآنَ صَغِيرًا فَيَصِحُّ مِنْهُ الْعَقْدُ يَوْمًا مَا.

وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ: «عَلَى صَبِيٍّ»[(١)]. أَنَّ الْعَبْدَ وَالْمَرْأَةَ الْوَصِيَّيْنِ عَلَى صَبِيَّةٍ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُمَا عَلَيْهَا، بَلْ يُوَكِّلَانِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي قَوْلِ النَّاظِمِ فِي فَصْلِ الْأَوْلِيَاءِ:

وَالمَرْأَةُ الْوَصِيُّ لَيْسَتْ تَعْقِدُ إِلَّا بِتَقْدِيمِ امْرِئٍ يُعْتَمَدُ

لِأَنَّهَا لَا يَصِحُّ لَهَا أَنْ تَعْقِدَ عَلَى نَفْسِهَا يَوْمًا مَا.

فَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَأَمَّا الْعَبْدُ وَالمَرْأَةُ فَيُزَوِّجَانِ بَنِيهِمَا وَبَنِي مَنْ أَوْصَى بِهَا إِلَيْهِمَا الذُّكْرَانَ.

قَالَ الشَّارِحُ: لَمْ يَتَعَرَّضْ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ لِجَوَازِ عَقْدِ الْكَافِرِ عَلَى مَنْ أَوْصَى بِهِ إِلَيْهِ لِنُدُورِ إِيصَائِهِ.

وَفِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: وَلِلْمَرْأَةِ الْوَصِيِّ عَقْدُ نِكَاحِ مَنْ إِلَى نَظَرِهَا مِنْ أَيْتَامِهَا وَعَبِيدِهَا الذُّكْرَانِ، وَهَذَا خِلَافُ يَتِيمَتِهَا وَإِمَائِهَا، فَلَا يَجُوزُ لَهَا الْعَقْدُ عَلَيْهِنَّ إِلَّا بِتَوْكِيلِ رَجُلٍ يَعْقِدُهُ. اهـ.

وَالْأَبُ لَا يَقْضِي اتِّسَاعُ حَالِهِ تَجْهِيزَهُ لِابْنَتِهِ مِنْ مَالِهِ

يَعْنِي الْأَبَ إِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ وَكَانَ مُتَّسِعَ الْحَالِ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَجْهِيزُ ابْنَتِهِ مِنْ مَالِهِ، يَعْنِي وَإِنَّمَا يُجَهِّزُهَا مِنْ صَدَاقِهَا خَاصَّةً، وَيَأْتِي أَنَّهُ يَنْبَغِي تَجْهِيزُهَا بِمَالِهَا مِنْ غَيْرِ الصَّدَاقِ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: وَلَا يَلْزَمُ الْأَبَ أَنْ يُجَهِّزَ ابْنَتَهُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ. اهـ.

قَالَ المُتَيْطِيُّ: وَإِذَا قَبَضَتْ المَرْأَةُ نَقْدَهَا مِنْ زَوْجِهَا أَوْ قَبَضَهُ وَلِيُّهَا، فَمِنْ حَقِّ الزَّوْجَةِ أَنْ تَتَجَهَّزَ بِهِ إِلَيْهِ، هَذَا هُوَ المَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ حَاشَا ابْنَ

---

(١) وكذا على سفيه.

وَهْبٍ.اهـ[١].

وَفِي جَوَابِ الْإِمَامِ أَبِي عَبْدِ اللهِ المَازِرِيِّ عَنْ مَسْأَلَةِ قَوْلِهِ: وَلَوْ طُولِبَ بِصَدَاقِهَا لِمَوْتِهَا، فَطَالَبَهُمْ بِإِبْرَازِ جِهَازِهَا، لَمْ يَلْزَمْهُمْ عَلَى الْمَقُولِ[٢]، مَا نَصُّهُ: الْأَصْلُ فِي الشَّرِيعَةِ عَدَمُ إِلْزَامِ المَرْأَةِ وَأَبِيهَا جِهَازًا، وَالصَّدَاقُ عِوَضٌ عَنِ الْبُضْعِ وَهُوَ المَقْصُودُ، وَلَوْ كَانَ عِوَضًا عَنِ الانْتِفَاعِ لَا بِجِهَازٍ وَهُوَ مَجْهُولٌ لَكَانَ فَاسِدًا، لَكِنَّ الْأَصْلَ الْبُضْعُ وَمَا سِوَاهُ تَبَعٌ، وَفِي المَذْهَبِ رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ غَرِيبَةٌ أَنَّ لَيْسَ عَلَى المَرْأَةِ تَجْهِيزٌ بِصَدَاقِهَا، فَأَحْرَى بِمَا سِوَاهُ، وَأَظُنُّهَا فِي وَثَائِقِ ابْنِ الْعَطَّارِ، وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى تَتَجَهَّزُ بِالصَّدَاقِ خَاصَّةً. اهـ.

وَفِي المُخْتَصَرِ: وَلَزِمَهَا التَّجْهِيزُ عَلَى الْعَادَةِ بِمَا قَبَضَتْهُ إِنْ سَبَقَ الْبِنَاءَ.

ابْنُ عَرَفَةَ: المَشْهُورُ وُجُوبُ تَجْهِيزِ الْحُرَّةِ بِنَقْدِهَا الْعَيْنِ.

المُتَيْطِيُّ: وَيَشْتَرِي مِنْهُ الْآكَدَ فَالْآكَدَ عُرْفًا مِنْ فُرُشٍ وَوَسَائِدَ وَثِيَابٍ وَطِيبٍ وَخَادِمٍ إِنِ اتَّسَعَ لَهَا، رَوَاهُ مُحَمَّدٌ، قِيلَ: وَهُوَ مَذْهَبُ المُدَوَّنَةِ وَمَا أَحَلَّهُ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَلَا حَقَّ لِلزَّوْجَةِ فِي التَّجْهِيزِ بِهِ، وَإِنْ حَلَّ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَلِغُرَمَائِهَا أَخْذُهُ فِي دُيُونِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ بَاعُوهُ، وَأَمَّا مَا أَجَلُهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَكَالنَّقْدِ. اهـ.

(فَرْعٌ) إِذَا تَغَالَى الزَّوْجُ فِي الصَّدَاقِ لِيُسْرِهَا وَإِتْيَانِهَا بِمَا جَرَتِ الْعَادَةُ بِتَجْهِيزِ أَمْثَالِهَا بِهِ فَامْتَنَعَ أَبُوهَا مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ، وَمِثْلُهُ فِي نَوَازِلِ الْعَبْدُوسِيِّ: لِلزَّوْجِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَلْتَزِمَ النِّكَاحَ عَلَى أَنْ يُجَهِّزَهَا لَهُ بِنَقْدِهَا خَاصَّةً أَوْ يُطَلِّقَ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَقَالَ فِي المُعْلِمِ: يَحُطُّ مِنَ الصَّدَاقِ الزِّيَادَةَ الَّتِي زَادَهَا لِإِجْلِ الْجِهَازِ عَلَى الْأَصَحِّ عِنْدَنَا، إِذَا كَانَ المَقْصُودُ مِنَ الْجِهَازِ فِي حُكْمِ التَّبَعِ لِاسْتِبَاحَةِ الْبُضْعِ، كَمَنِ اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ فَاسْتُحِقَّ أَدْنَاهُمَا، فَإِنَّ الْبَيْعَ يُنْتَقَضُ بِقَدْرِ المُسْتَحَقَّةِ. اهـ.

وَقَبِلَهُ ابْنُ عَاتٍ، أُنْظُرْ شِفَاءَ الْغَلِيلِ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: وَلَوْ طُولِبَ بِصَدَاقِهَا لِمَوْتِهَا فَطَالَبَهُمْ بِإِبْرَازِ جِهَازِهَا لَمْ يَلْزَمْهُمْ عَلَى المَقُولِ.

وَبِسِوَى الصَّدَاقِ لَيْسَ يُلْزَمُ ... تَجَهُّزَ الثَّيِّبِ مَنْ يُحَكَّمُ

---

(١) وقال ابن رشد في البيان والتحصيل ٥/ ٢١: وكذلك إن كان النقد عرضًا يلزمها أن تبيعه فيما تتجهز به إلى زوجها، إلا أن يكون العرض مما يقصد إلى اقتنائه، كالسيقات وشبهها.

(٢) كذا قال خليل في مختصره.

يَعْنِي أَنَّ الْقَاضِي لَا يُلْزِمُ الثَّيِّبَ أَنْ تَتَجَهَّزَ بِغَيْرِ صَدَاقِهَا، يَعْنِي بَلْ بِصَدَاقِهَا خَاصَّةً، وَأَمَّا بِغَيْرِهِ فَلاَ يَلْزَمُ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ كَمَا يَأْتِي لِلنَّاظِمِ.

فَ«يُلْزِمُ» بِضَمِّ الْيَاءِ مُضَارِعُ أَلْزَمَ، وَ«مَنْ يُحَكَّمُ» بِفَتْحِ الْكَافِ فَاعِلُ يُلْزِمُ، وَ«تَجَهُّز» مَفْعُولُهُ وَ«بِسِوَى» مُتَعَلِّقٌ بِـ«تَجَهُّز».

قَالَ فِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَكَذَا الثَّيِّبُ لَا يَلْزَمُهَا أَنْ تَتَجَهَّزَ بِغَيْرِ الصَّدَاقِ. اهـ.

وَفِي مَسَائِلِ النِّكَاحِ مِنَ الْمَازِرِيِّ عَنِ ابْنِ مُغِيثٍ[1]: إِنْ أَبَانَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ ثُمَّ رَاجَعَهَا لَمْ يَلْزَمْهَا أَنْ تَتَجَهَّزَ إِلَيْهِ إِلَّا بِمَا قَبَضَتْهُ فِي الْمُرَاجَعَةِ خَاصَّةً، وَأَمَّا بِنِصْفِ نَقْدِهَا الَّذِي قَبَضَتْهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَلاَ. اهـ.

وَأَشْهَرُ الْقَوْلَيْنِ أَنْ تُجَهَّزَا ... لَهُ بِكَالِئٍ لَهَا قَدْ حُوِّزَا

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا حَلَّ الْكَالِئُ عَلَى الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَبَضَتْهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَأَشْهَرُ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهَا يَلْزَمُهَا أَنْ تَتَجَهَّزَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مِنْ جُمْلَةِ النَّقْدِ الَّذِي يَلْزَمُهَا التَّجْهِيزُ بِهِ، وَالْمَشْهُورُ الْمُقَابِلُ لِلأَشْهَرِ لَا يَلْزَمُهَا ذَلِكَ، فَالْأَشْهَرُ قَوْلُ ابْنِ زَرْبٍ، وَمُقَابِلُهُ لِابْنِ فَتْحُونٍ كَمَا يَأْتِي.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: وَالْكَالِئُ إِذَا حَلَّ أَجَلُهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ النَّقْدِ فِي دَعْوَى الزَّوْجِ قَبْضَهُ، وَكَانَ لِلزَّوْجَةِ الِامْتِنَاعُ مِنَ الْبِنَاءِ حَتَّى تَقْبِضَ النَّقْدَ وَالْكَالِئَ مَعًا، فَإِذَا قَبَضَتْ ذَلِكَ لَزِمَهَا أَنْ تَتَجَهَّزَ إِلَى زَوْجِهَا بِجَمِيعِ مَا قَبَضَتْ مِنْ نَقْدٍ وَكَالِئٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: سَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ بَعْدَ التَّصْرِيحِ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ بَعْدَ الْبِنَاءِ فِيمَا ادَّعَى دَفْعَهُ مِنْ حَالِ الْكَالِئِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَأَنَّ لِلزَّوْجَةِ الِامْتِنَاعَ حَتَّى يَدْفَعَ لَهَا الْكَالِئَ الْحَالَّ،

---

(١) الإمام الفقيه المحدث، شيخ الأندلس، قاضي القضاة، بقية الأعيان، أبو الوليد، يونس بن عبد الله بن محمد بن مغيث بن محمد بن عبد الله ابن الصفار، القرطبي، ولد سنة ٣٣٨ هـ، عني بالحديث جدًّا، وأجاز له من مصر الحسن بن رشيق، ومن العراق أبو الحسن الدارقطني، ولي خطابة مدينة الزهراء مدة، ثم ولي القضاء والخطابة بقرطبة مع الوزارة، ثم عزل، فلزم بيته، ثم ولي قضاء الجماعة والخطابة سنة ٤١٩ هـ حتى مات، وكان بليغ الموعظة وافر العلم، ذا زهد وقنوع، وفضل وخشوع، قد أثر البكاء في عينيه، وعلى وجهه النور، وكان حفظة لأخبار الصالحين، صنف كتبًا نافعة منها: (محبة الله) و(المستصرخين بالله)، و(المتهجدين)، مات في رجب سنة ٤٢٩ هـ. انظر: جذوة المقتبس ٣٨٤، والصلة ٢/ ٦٨٤، وبغية الملتمس ٥١٢، والعبر ٣/ ١٦٩، ومرآة الجنان ٣/ ٥٢، والديباج المذهب ٢/ ٣٧٤، وكشف الظنون ٤٩٥، وشذرات الذهب ٣/ ٢٤٤.

يَعْنِي فِي قَوْلِهِ: وَالْقَوْلُ وَالْيَمِينُ لِلزَّوْجِ ابْتَنَى... . الْأَبْيَاتَ الثَّلاَثَ، وَذَلِكَ قَبْلَ فَصْلِ مَا يُهْدِيهِ الزَّوْجُ، ثُمَّ يَقَعُ الطَّلاَقُ.

وَفِي مَسَائِلِ ابْنِ زَرْبٍ: وَلَوْ حَلَّ الْكَالِئُ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَدَعَاهَا الزَّوْجُ إِلَى قَبْضِهِ وَالتَّجَهُّزِ بِهِ مَعَ النَّقْدِ فَأَبَتْ هِيَ مِنْ قَبْضِهِ حَتَّى يَبْنِيَ بِهَا لِئَلاَّ يَلْزَمَهَا التَّجَهُّزَ بِهِ، قَالَ: تُجْبَرُ عَلَى أَخْذِهِ وَأَنْ تَتَجَهَّزَ بِهِ. ذَكَرَهُ ابْنُ سَهْلٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَكَذَلِكَ يَظْهَرُ لَوْ لَمْ يَحِلَّ أَجَلُهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ فَتْحُونٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تَتَجَهَّزَ بِكَالِئِهَا، وَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ إِذَا أَرَادَ الزَّوْجُ دَفْعَهُ وَكَانَ عَيْنًا فَيَلْزَمُهَا قَبُولُهُ دُونَ التَّجَهُّزِ بِهِ، وَقَيَّدْنَا بِالْعَيْنِ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَيْنِ لَا يَلْزَمُ قَبُولُهُ قَبْلَ أَجَلِهِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ زَرْبٍ: إِنَّهُ لَا يَلْزَمُهَا أَنْ تَتَجَهَّزَ، فَلاَ يَجُوزُ لَهَا قَبُولُهُ؛ لِأَنَّهَا إِنْ قَبِلَتْهُ لَزِمَهَا أَنْ تَتَجَهَّزَ بِهِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ: الْمُعَجِّلُ مُسَلِّفٌ. فَقَدْ سَلَّفَ لِيَنْتَفِعَ بِالْجِهَازِ، صَحَّ مِنْ الشَّارِحِ بِالْمَعْنَى فَرَاجِعْهُ إِنْ شِئْت، وَمُقَابِلُ الْأَشْهَرِ عِنْدَ النَّاظِمِ حَكَاهُ فِي الطُّرَرِ عَنْ ابْنِ فَتْحُونٍ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تَتَجَهَّزَ بِكَالِئِهَا وَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ.

وَلِلْوَصِيِّ يَنْبَغِي وَلِلأَبِ ... تَشْوِيرُهَا بِمَالِهَا وَالثَّيِّبِ

يَعْنِي أَنَّهُ يَنْبَغِي لِلأَبِ وَلِلْوَصِيِّ تَشْوِيرُ الْبِكْرِ بِمَالِهَا أَيْ غَيْرُ الصَّدَاقِ، وَأَمَّا الصَّدَاقُ فَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهَا تَتَجَهَّزُ بِهِ، فَالتَّجْهِيزُ بِالصَّدَاقِ لَازِمٌ وَبِغَيْرِهِ مُسْتَحَبٌّ، وَعَلَيْهِ تَكَلَّمَ فِي الْبَيْتِ، وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي لِلثَّيِّبِ أَيْضًا أَنْ تَشُورَ نَفْسَهَا بِمَالِهَا زَائِدًا عَلَى الصَّدَاقِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهَا أَنْ تَتَجَهَّزَ بِغَيْرِ صَدَاقِهَا، وَأَفَادَ هُنَا اسْتِحْبَابَ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ: «وَالثَّيِّبِ». عَطْفٌ عَلَى الْوَصِيِّ، أَيْ يَنْبَغِي لِلثَّيِّبِ ذَلِكَ، وَلَوْلَا إِفْرَادُ الضَّمِيرِ فِي قَوْلِهِ: «بِمَالِهَا» لَأَمْكَنَ عَطْفُ الثَّيِّبِ عَلَى ضَمِيرِ تَشْوِيرِهَا مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الْخَافِضِ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَيَنْبَغِي لِلأَبِ أَنْ يُشَوِّرَ الْبِكْرَ بِمَالِهَا، وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ فِي الْيَتِيمَةِ، وَيَشْتَرِيَانِ لَهَا كُسْوَةً وَحُلِيًّا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَطَهُّرٌ لَهَا وَصَلاَحٌ وَيُرَغِّبُ النَّاسَ فِيهَا، وَلَا يُجْبَرَانِ عَلَى ذَلِكَ. اهـ.

وَزَائِدٌ فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا ... يَسْقُطُ عَمَّنْ زَادَهُ إِنْ دَخَلاَ

وَنِصْفُهُ يَحِلُّ بِالطَّلاَقِ ... مِنْ قَبْلِ الِابْتِنَاءِ كَالصَّدَاقِ

وَمَوْتُـــهُ لِلْمَنْـــعِ مِنْـــهُ مُقْـــتَضٍ فَإِنَّـــــهُ كَهِبَــــــةٍ لَمْ تُقْـــــبَضِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ بِصَدَاقٍ مُسَمًّى، ثُمَّ زَادَهَا بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى مَا سَمَّى لَهَا حِينَ الْعَقْدِ، فَإِنَّهُ إِنْ دَخَلَ لَزِمَتْهُ تِلْكَ الزِّيَادَةُ كَامِلَةً، طَلَّقَ أَوْ لَمْ يُطَلِّقْ، عَاشَ أَوْ مَاتَ، وَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَ الْبِنَاءِ لَزِمَهُ نِصْفُهَا، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْبِنَاءِ سَقَطَتْ الزِّيَادَةُ؛ لِأَنَّهَا كَهِبَةٍ لَمْ تُقْبَضْ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت: فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى صَدَاقٍ مُسَمًّى، ثُمَّ زَادَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فِي صَدَاقِهَا مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا. قَالَ: لَهَا نِصْفُ الزِّيَادَةِ بِمَنْزِلَةِ مَا وَهَبَ لَهَا تَقُومُ بِهِ عَلَيْهِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنَّ تَقْبِضَهُ، فَلاَ شَيْءَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا هِبَةٌ لَمْ تُقْبَضْ.

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ: مَنْ تَزَوَّجَ بِمَهْرٍ مُسَمًّى، ثُمَّ زَادَهَا فِيهِ طَوْعًا فَلَمْ تَقْبِضْهُ حَتَّى مَاتَ أَوْ طَلَّقَ قَبْلَ الْبِنَاءِ؛ لَزِمَهُ نِصْفُ مَا زَادَ فِي الطَّلاَقِ وَسَقَطَ كُلُّهُ بِالْمَوْتِ[1].

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ: وَمَا زَادَهُ فِي صَدَاقِهَا طَوْعًا بَعْد الْعَقْدِ فَإِنْ لَمْ تَقْبِضْهُ لَمْ تَأْخُذْ مِنْهُ فِي الْمَوْتِ شَيْئًا؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَمْ تُقْبَضْ، وَتَأْخُذُهُ أَوْ نِصْفَهُ فِي الطَّلاَقِ[2].

وَفِي التَّوْضِيحِ: أَوْ لِلتَّفْصِيلِ، أَيْ تَأْخُذُهُ كُلَّهُ إِنْ وَقَعَ الطَّلاَقُ بَعْدَ الْبِنَاءِ أَوْ نِصْفَهُ إِنْ وَقَعَ قَبْلَهُ. اهـ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَتُشْطَرُ وَمَزِيدٌ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالطَّلاَقِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، ثُمَّ قَالَ: وَسَقَطَ الْمَزِيدُ بِالْمَوْتِ فَقَطْ.

وَإِنْ أَتَـى الضَّمَانُ فِي الْمَهْـرِ عَـلَى إِطْلاَقِـهِ فَالْحَمْـلُ صَـحَّ مُجْمَـلاَ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ زَوَّجَ غَيْرَهُ كَابْنِهِ وَخَدِيمِهِ وَصَاحِبِهِ وَضَمِنَ عَنْهُ الصَّدَاقَ فِي نَفْسِ عَقْدِ النِّكَاحِ، فَإِنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى الْحَمْلِ الْآتِي، أَيْ عَلَى أَنَّهُ تَحَمَّلَ بِهِ وَتَبَرَّعَ بِهِ مِنْ مَالِهِ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مَخْرَجَ الصِّلَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَضَمِنَ لَهَا الصَّدَاقَ فَيَلْزَمُهُ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ، وَلَا يُحْمَلُ عَلَى الْحَمَالَةِ، بِمَعْنَى أَنَّهُ ضَمِنَهُ عَنْ الزَّوْجِ، وَيُرْجَعُ بِهِ عَلَيْهِ عَلَى قَاعِدَةِ مَنْ ضَمِنَ وَغَرِمَ عَنْ الْمَضْمُونِ عَنْهُ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ وَلَا إِشْكَالَ.

---

(١) تهذيب المدونة ١/ ٣٢٤، والتاج والإكليل ٣/ ٥٢١.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٨١.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قَالَ سَحْنُونٌ: قُلْت لِابْنِ الْقَاسِمِ: أَرَأَيْت لَوْ أَنَّ رَجُلاً زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَضَمِنَ لَهَا الصَّدَاقَ، أَيَجُوزُ ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَلِلابْنَةِ أَنْ تَأْخُذَ بِصَدَاقِهَا أَبَاهَا، وَلَا يَكُونُ لِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ ضَمَانَهُ عَنْهُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ عَلَى وَجْهِ الصِّلَةِ لَهُ وَالصَّدَقَةِ[1].

وَفِيهِ أَيْضًا: قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ الشَّرِيفِ يُزَوِّجُ الرَّجُلَ وَيَضْمَنُ عَنْهُ الصَّدَاقَ: أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ بِشَيْءٍ[2].

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَلَوْ ذُكِرَ فِي عَقْدِ الصَّدَاقِ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ الْفُلَانِيِّ ضَمِنَ عَنْ الزَّوْجِ النَّقْدَ، وَلَمْ يُبَيِّنْ هَلْ هُوَ عَلَى الْحَمْلِ أَوْ عَلَى الْحَمَالَةِ. قَالَ: فَصَّلَ مَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمُدَوَّنَةِ عَلَى الْحَمْلِ حَتَّى تُرَادَ الْحَمَالَةُ نَصًّا. قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ، قَالَ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ الْمُوَثِّقِينَ: وَبِهِ الْحُكْمُ. اهـ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ عَفَا اللهُ عَنْهُ: وَلِلْخُرُوجِ مِنْ الْإِجْمَالِ فِي مُطْلَقِ الْحَمْلِ يَكْتُبُ الْمُوَثِّقُونَ الْيَوْمَ، وَبِأَنَّ تَحَمَّلَ وَالِدِ الزَّوْجِ عَنْ وَلَدِهِ بِجَمِيعِ النَّقْدِ لِمَالِهِ وَذِمَّتِهِ حَمْلاً لَا حَمَالَةَ خَارِجٌ عَنْ مَعْنَى الْحَمَالَةِ وَسَبِيلِهَا، وَوَالِدُ الزَّوْجِ فَرْضُ مِثَالٍ فَقَطْ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمِمَّا يَتَأَكَّدُ مَعْرِفَتُهُ هُنَا لُزُومُ هَذَا الْحَمْلِ لِلْحَامِلِ عَاشَ أَوْ مَاتَ، إِلَّا أَنْ يَنْفَسِخَ النِّكَاحُ بِوَجْهٍ مِنْ وُجُوهِ الْفَسْخِ، وَلُزُومِ النِّصْفِ فِي الطَّلَاقِ، وَفِي الْخُلْعِ الْخِلَافُ هَلْ يَسْقُطُ عَنْ الْحَامِلِ الصَّدَاقُ جُمْلَةً، أَوْ يَكُونُ النِّصْفُ الْمُخْتَلَعُ بِهِ لِلزَّوْجِ الْمُخَالِعِ؟

وَقَالَ ابْنُ حَارِثٍ فِي اتِّفَاقَاتِهِ: وَاتَّفَقُوا فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَيَحْمِلُ عَنْهُ رَجُلٌ الصَّدَاقَ، وَفِي عَقْدِ النِّكَاحِ أَنَّ الصَّدَاقَ عَلَى الْحَامِلِ عَاشَ أَوْ مَاتَ، وَإِنْ انْفَسَخَ النِّكَاحُ بِوَجْهٍ مِنْ الْوُجُوهِ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْحَامِلِ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ طَلَّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلِلزَّوْجَةِ نِصْفُ ذَلِكَ الصَّدَاقِ، وَيَسْقُطُ عَنْ الْحَامِلِ النِّصْفُ، وَلَا يَكُونُ لِلزَّوْجِ أَنْ يُتْبِعَهُ بِشَيْءٍ، وَاخْتَلَفُوا إِذَا خَالَعَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ.

ذَكَرَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي كِتَابِهِ أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ يَقُولُ يَسْقُطُ عَنْ الْحَامِلِ جَمِيعُ الصَّدَاقِ، وَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْهُ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: إِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَامِلِ نِصْفُ الزَّوْجِ، وَأَمَّا النِّصْفُ الَّذِي كَانَ يَجِبُ لِلْمَرْأَةِ فَهُوَ لِلزَّوْجِ.

---

(١) المدونة ٢/ ١٥٠.

(٢) المدونة ٢/ ١٥٠

قَالَ الشَّارِحُ: أَقُولُ قَدْ كَانَ يَجْرِي فِي الْبَحْثِ عِنْد الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ وَجهَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَحَمَّلَ الْمُتَحَمِّلُ الصَّدَاقَ، وَعَلَى أَنْ يَصِيرَ الْمُتَحَمَّلُ عَنْهُ ذَا زَوْجَةٍ وَلَمْ يَتَبَرَّعْ عَنْهُ مُطْلَقًا. اهـ.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ وَلِلْمَرْأَةِ الاِمْتِنَاعُ مِنَ الدُّخُولِ حَتَّى تَقْبِضَهُ، فَإِنْ أَعْدَمَ الْحَامِلُ لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ سَبِيلٌ إِلَيْهَا حَتَّى يَدْفعَهُ، وَيَتْبَعَ بِهِ الْحَامِلَ إِنْ دَفَعَهُ، فَإِنْ أَبَاحَتْ لَهُ الدُّخُولَ دُونَ شَيْءٍ لَمْ يَكُنْ لَهَا قِبَلَ زَوْجِهَا شَيْءٌ وَتَتْبَعُ بِهِ الْحَامِلَ؛ إِذْ لَا يُطَالَبُ الزَّوْجُ بِمَا تَحَمَّلَ عَنْهُ غَيْرُهُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ.

قَالَ ابْنُ عَتَّابٍ: حَكَى ابْنُ مُغِيثٍ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لِلابْنِ مَالٌ وَتَحَمَّلَ الْأَبُ عَنْهُ الصَّدَاقَ وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ مُخَيَّرَةً، إِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ بِهِ الْحَامِلَ أَوْ الْمَحْمُولَ عَنْهُ.

(تَنْبِيهٌ) قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْحَمْلُ فِي نَفْسِ الْعَقْدِ، وَأَمَّا لَوْ وَقَعَ الْحَمْلُ بَعْد عَقْدِ النِّكَاحِ، كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْهِبَةِ، تَبْطُلُ بِالْوَفَاةِ إِنْ لَمْ تُقْبَضْ فِي قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: تَلْزَمُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

وَنِحْلَةٌ لَيْسَ لَهَا افْتِقَارُ ... إِلَى حِيَازَةٍ وَذَا الْمُخْتَارُ

وَيَنْفُذُ الْمَنْحُولُ لِلصَّغِيرِ مَعْ ... أَخِيهِ فِي الشِّيَاعِ إِنْ مَوْتٌ وَقَعْ

النِّحْلَةُ مَا يُعْطِيه وَالِدُ الزَّوْجِ لِوَلَدِهِ فِي عَقْدِ نِكَاحِهِ، أَوْ وَالِدُ الزَّوْجَةِ ابْنَتَهُ فِي نِكَاحِهَا، وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ عَلَى ذَلِكَ، فَإِذَا وَقَعَ ذَلِكَ فَهِيَ لَازِمَةٌ لِلنَّاحِلِ فِي مَالِهِ وَذِمَّتِهِ، يُؤْخَذُ بِهَا فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ، لَا يُبْرِئُهُ مِنْهَا إِلَّا الْأَدَاءُ. قَالَهُ فِي الْمُتَيْطِيَّةِ.

فَإِنَّ مَاتَ الْأَبُ قَبْلَ أَنْ تُحَازَ، فَالنِّحْلَةُ صَحِيحَةٌ نَافِذَةٌ عَلَى الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَتْ الاِبْنَةُ الْمَنْحُولَةُ، فَمِنْ حَقِّ الزَّوْجِ مِيرَاثُهُ فِي النِّحْلَةِ.

ابْنُ سَلْمُونٍ: وَإِذَا انْعَقَدَ النِّكَاحُ عَلَى هَذِهِ النِّحْلَةِ لَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى حِيَازَةٍ، وَقِيلَ: لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ الْحِيَازَةِ، وَبِالْأَوَّلِ الْعَمَلُ ؛لِأَنَّهَا لَمَّا انْعَقَدَ النِّكَاحُ عَلَيْهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ. اهـ.

وَمِنْ كِتَابِ ابْنِ أَبِي زَمَنِينَ: وَمَنْ تَزَوَّجَ وَهُوَ كَبِيرٌ مَالِكٌ لِأَمْرِ نَفْسِهِ وَنَحَلَهُ أَبُوهُ نِحلَة انْعَقَدَ عَلَيْهَا النِّكَاحُ، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ نِحلَتَهُ، فَقَدْ قَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: إِنَّهَا نِحلَةٌ تَامَّةٌ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهَا الاِبْنُ. اهـ.

وَالْقَوْلُ بِعَدَمِ افْتِقَارِهَا لِلْحَوْزِ وَلَا تَبطُلُ بِمَوْتِ الْمُعْطِي قَبْلَ الْقَبْضِ قَالَ الْمُتَيْطِيّ: هُوَ

المَشْهُورُ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ وَبِهِ الْحُكْمُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ. اهـ.

وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَأَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي إِلَى قَوْلِهِ فِي كِتَابِ الاِسْتِغْنَاءِ: إِنْ نَحَلَ رَجُلٌ ابْنَهُ الْكَبِيرَ فِي عَقْدِ نِكَاحِهِ وَنَحَلَ مَعَهُ ابْنًا صَغِيرًا أَمْلاَكًا مُشْتَرَكَةً، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ قَبْلَ بُلُوغِ الصَّغِيرِ النَّفَذُ لَهُمَا إِنْ حَازَهَا الْكَبِيرُ، وَإِنْ لَمْ يَحُزْهَا جَازَ نَصِيبُ الْكَبِيرِ الَّذِي انْعَقَدَ عَلَيْهِ النِّكَاحُ وَبَطَلَ نَصِيبُ الصَّغِيرِ وَقُسِمَ بَيْنَهُمَا.

قَالَ الْمُشَاوِرُ: وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَنْفُذَ جَمِيعُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ فِي بَعْضِهِ كَالْحِيَازَةِ فِي جَمِيعِهَا لِلاخْتِلاَفِ فِي ذَلِكَ، كَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى كَبِيرٍ وَصَغِيرٍ. اهـ. مِنْ ابْنِ سَلْمُونٍ، وَنَقَلَهُ الشَّارِحُ أَيْضًا.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: وَلَا شُفْعَةَ فِي هَذِهِ النِّحْلَةِ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ انْعَقَدَ عَلَيْهَا، وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ الشُّيُوخُ، وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَلَا شُفْعَةَ فِيهِمَا، وَإِنْ كَانَ قَدْ رَوَى ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ فِيهِمَا الشُّفْعَةَ، وَقَالَ بِهِ بَعْضُ الشُّيُوخِ فِي النِّحْلَةِ عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ فِي الْهِبَةِ وَلَيْسَ عَلَيْهَا عَمَلٌ. اهـ.

(فَرْعٌ) إِذَا اعْتَرَفَ وَالِدُ الزَّوْجَةِ أَنَّ لَهَا أَمْلاَكًا وَسَمَّاهَا فِي كِتَابِ صَدَاقِهَا، سُئِلَ عَنْهُ الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ ابْنُ لُبٍّ، فَأَجَابَ بِأَنَّ مَا اعْتَرَفَ بِهِ وَالِدُ الزَّوْجَةِ المَذْكُورَةِ نَافِذٌ لَهَا مَالًا مِنْ مَالِهَا وَمِلْكًا مِنْ أَمْلاَكِهَا. انْظُرْ تَمَامَ كَلاَمِهِ فِي الشَّارِحِ، وَانْظُرْ ابْنَ سَلْمُونٍ أَيْضًا.

ثُمَّ قَالَ رَحِمَهُ اللهُ:

وَمَــعْ طَــلاَقٍ قَبْــلَ الابْتِنَــاءِ ... تَثْبُــتُ وَالْفَــسْخُ مَــعَ الْبِنَــاءِ

وَالْخُلْفُ فِيهَا مَعَ وُقُوعِ الْفَسْخِ فِي ... تَنَــاكُحٍ قَبْــلَ الْبِنَــاءِ فَــاعْرِفْ

يَعْنِي أَنَّ النِّكَاحَ إِذَا انْعَقَدَ عَلَى نِحْلَةٍ، ثُمَّ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ، فَإِنْ كَانَتْ بِالطَّلاَقِ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَإِنَّ النِّحْلَةَ تَثْبُتُ، وَأَحْرَى -واللهُ أَعْلَمُ- أَنْ تَثْبُتَ فِي الطَّلاَقِ بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ بِالْفَسْخِ لِفَسَادٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَإِنَّهَا تَثْبُتُ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَفِي بُطْلاَنِهَا وَصِحَّتِهَا قَوْلاَنِ.

ابْنُ سَلْمُونٍ: وَإِنْ طَلَّقَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَالنِّحْلَةُ جَائِزَةٌ لِلْمَنْحُولِ نَافِذَةٌ، وَإِنْ فُسِخَ هَذَا النِّكَاحُ قَبْلَ الْبِنَاءِ لِفَسَادٍ فِيهِ فِي ذَلِكَ قَوْلاَنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ النِّحْلَةَ تَبْطُلُ وَتَعُودُ إِلَى النَّاحِلِ قَالَهُ ابْنُ الْعَطَّارِ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا تَبْطُلُ، وَهِيَ نَافِذَةٌ جَائِزَةٌ كَالطَّلاَقِ،

وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَالنِّحْلَةُ نَافِذَةٌ بِاتِّفَاقٍ. اهـ.

وَقَدْ أَطَالَ الشَّارِحُ الْكَلَامَ هُنَا وَخَتَمَهُ بِمَسْأَلَةِ مَنْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَنَحَلَهَا غَيْرُهُ نِحْلَةً، ثُمَّ طَلُقَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَسَكَتَ وَالِدُهَا عَنْ طَلَبِ مَا نُحِلَتْ بِهِ مُدَّةً، فَهَلْ تَأْخُذُ مَا نُحِلَتْ بِهِ وَلَا يَضُرُّ سُكُوتُ وَالِدِهَا عَنْ طَلَبِهَا، فَأَجَابَ الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ بِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَتْ الشَّهَادَةُ بِالنِّحْلَةِ عَلَى النَّاحِلِ فِي عُقْدَةِ النِّكَاحِ، فَقَدْ حَصَلَ مِلْكُ الزَّوْجَةِ لِلشَّيْءِ الْمَنْحُولِ مِنْ غَيْرِ افْتِقَارٍ إِلَى حِيَازَةٍ عَلَى الْقَوْلِ الْمَشْهُورِ الْمَعْمُولِ بِهِ فِي ذَلِكَ.

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

الـزَّوْجُ وَالزَّوْجَـةُ مَهْـمَا اخْتَلَفَـا ... فِي قَـدْرِ مَهْـرٍ وَالنِّكَـاحُ عُرِفَـا

فَـإِنْ يَكُـنْ ذَلِـكَ مِـنْ قَبْـلِ الْبِنَـا ... فَـالْقَوْلُ لِلزَّوْجَـةِ قَـدْ تَعَيَّنَـا

مَـعَ الْيَمِـينِ إِنْ تَكُـنْ لَمْ تُحْجَـرِ ... وَعَاقِـدٌ يَحْجُرُهَـا بِهَـا حَـرِي

وَبَعْـدَ ذَا يَحْلِـفُ زَوْجٌ أَنْكَـرَا ... ثُـمَّ يَكُـونُ بَعْـدَهَا مُخَـيَّرَا

فِي رَفْـعِ مَـا كَـانَ عَلَيْـهِ الْقَسَمُ ... أَوْ الْفِـرَاقُ دُونَ شَيْءٍ يَلْـزَمُ

وَإِنْ تَرَاضَـيَا عَـلَى النِّكَـاحِ ... فَفِـي الْأَصَـحِّ الرَّفْـعُ لِلْجُنَـاحِ

وَفِي انْفِـسَاخٍ حَيْـثُ يُفْقَـدُ الرِّضَـا ... بِطَلْقَـةٍ وَاحِـدَةٍ جَـرَى الْقَـضَا

وَتَأْخُـذُ الزَّوْجَـةُ مَـعَ نُكُولِـهِ ... مَـا يَقْتَـضِيه الْحَلْـفُ فِي حُلُولِـهِ

وَالْحُكْـمُ فِي نُكُـولِ كُـلٍّ مِـنْهُمَا ... بِـمَا بِـهِ بَعْـدَ الْيَمِـينِ حُكِـمَا

وَقِيـلَ بَـلْ نُكُولُـهُ مُـصَدَّقٌ ... لِـمَا ادَّعَتْـهُ زَوْجَـةٌ مُحَقَّـقٌ

قَوْلُهُ: «تَدَاعِي الزَّوْجَيْنِ». أَيْ: اخْتِلَافُهُمَا، وَذَكَرَ مِنْ ذَلِكَ الِاخْتِلَافَ فِي قَدْرِ الصَّدَاقِ، وَعَلَيْهِ تَكَلَّمَ فِي الْأَبْيَاتِ الْعَشَرَةِ وَالثَّلَاثَةِ بَعْدَهَا، ثُمَّ اخْتِلَافٌ فِي النَّوْعِ وَالصِّفَةِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ إِذَا اتَّفَقَ الزَّوْجَانِ عَلَى النِّكَاحِ وَلَا نَكِرَةَ بَيْنَهُمَا فِيهِ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الصَّدَاقِ، فَقَالَتْ الزَّوْجَةُ: مِائَةٌ مَثَلاً. وَقَالَ الزَّوْجُ: ثَمَانُونَ. فَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمْ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَلَمْ يَقَعْ مَوْتٌ وَلَا فِرَاقٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ مَعَ يَمِينِهَا إِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مَحْجُورَةً فَيَحْلِفُ حَاجِرُهَا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي تَوَلَّى الْعَقْدَ عَلَيْهَا وَفَرَّطَ فِي الْإِشْهَادِ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ وَنَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ غَرِمَ لِلْمَرْأَةِ الزَّائِدَ عَلَى مَا قَالَ الزَّوْجُ، وَهُوَ عِشْرُونَ فِي الْمِثَالِ الْمَذْكُورِ، لِنُكُولِهِ وَتَضْيِيعِهِ الْإِشْهَادَ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْأَبْيَاتِ الثَّلَاثَةِ الْأُوَلِ.

فَقَوْلُهُ: «فَإِنْ يَكُنْ ذَلِكَ». أَيْ: الِاخْتِلَافُ مِنْ قَبْلَ الْبِنَاءِ، يَعْنِي وَلَمْ يَقَعْ مَوْتٌ وَلَا فِرَاقٌ، وَلِذَلِكَ أَصْلَحَ الشَّطْرَ الْأَوَّلَ مِنْ الْبَيْتِ الثَّانِي فَقِيلَ: إِنْ كَانَ ذَا قَبْلَ الْفِرَاقِ وَالْبِنَا.

وَقَوْلُهُ: وَعَاقِدٌ يَحْجُرُهَا بِهَا حَرٍ. أَيْ: وَالْعَاقِدُ عَلَى الْمَرْأَةِ النِّكَاحَ الْحَاجِرُ لَهَا حَرٍ؛ أَيْ

حَقِيقٌ بِالْيَمِينِ؛ أَيْ بِأَنْ يَحْلِفَهَا هُوَ لَا الزَّوْجَةُ.

وَقَوْلُهُ: «وَبَعْدَ ذَا...» إِلَخْ. أَيْ: إِذَا حَلَفَتْ الزَّوْجَةُ أَوْ حَاجِرُهَا عَلَى المِائَةِ مَثَلاً، فَإِنَّ الزَّوْجَ يَحْلِفُ بَعْدَ حَلِفِهَا إِنَّهُ إِنَّمَا تَزَوَّجَ بِثَمَانِينَ، ثُمَّ يَكُونُ مُخَيَّرًا بَعْدَ يَمِينِهِ فِي دَفْعِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْقَسَمُ مِنْ الْمَرْأَةِ وَهُوَ المِائَةُ، أَوْ يُفَارِقُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَظَاهِرُ هَذَا أَوْ صَرِيحُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا يُخَيَّرُ بَعْدَ حَلِفِهِ هُوَ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَهُوَ كَذَلِكَ عَلَى مَا يَأْتِي فِي وَاضِحَةِ ابْنِ حَبِيبٍ دُونَ مَا فِي التَّهْذِيبِ، أَيْ مِنْ تَقْدِيمِ تَخْيِيرِهِ عَلَى يَمِينِهِ، وَإِنَّهُ إِذَا حَلَفَتْ الزَّوْجَةُ يُخَيِّرُهُ فِيمَا ذُكِرَ قَبْلَ أَنْ يَحْلِفَ هُوَ، فَإِنْ دَفَعَ مَا حَلَفَتْ هِيَ عَلَيْهِ لَزِمَ النِّكَاحُ بِذَلِكَ، وَإِلَّا فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ مَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ حَلَفَ عَلَى مَا ادَّعَى وَافْتَرَقَا، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَلِهَذَا أَصْلَحَ الشَّارِحُ الْبَيْتَ الرَّابِعَ فَقَالَ بَعْدَ قَوْلِهِ: وَعَاقِدٌ يَحْجُرُهَا بِهِ حَرْ.

ثُـمَّ يَكُـونُ زَوْجُهَـا مُخَـيَّرًا ... فِي دَفْعِهِ الْمَهْرَ الَّـذِي قَـدْ أَنْكَـرَا

أَوْ الْيَمِـينِ وَإِذَا مَـا يُقْـسِمُ ... كَـانَ الْفِـرَاقُ دُونَ شَيْءٍ يَلْـزَمُ

قَالَ الشَّارِحُ، ثُمَّ يَزِيدُ بَعْدَ ذَلِكَ بَيْتًا نَصُّهُ:

أَوْ كَـانَ بَعْـدَ مَوْتِهَـا أَوْ فُرْقَتِـهِ ... فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ دُونَ زَوْجَتِهْ

قَالَ: وَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ لَمْ يَكُنْ نَقَصَ شَيْئًا مِنْ مَعْنَى الْمُدَوَّنَةِ فِي هَذَا الْفَصْلِ، إِلَّا أَنَّهُ اعْتَمَدَ قَوْلَ ابْنِ حَبِيبٍ وَنَقَصَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ الَّتِي إِذَا كَانَ الِاخْتِلَافُ فِيهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ وَبَعْدَ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ، وَلَا أَحْسَبُهُ اسْتَدْرَكَ الْقَوْلَ فِيهَا. اهـ.

قَوْلُهُ: «وَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى النِّكَاحِ...» الْبَيْتُ. يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَيْنِ اللَّذَيْنِ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ وَتَحَالَفَا إِذَا تَرَاضَيَا بَعْد تَحَالُفِهِمَا عَلَى النِّكَاحِ، وَذَلِكَ إِذَا رَضِيَ الزَّوْجُ بِمَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ الزَّوْجَةُ، أَوْ رَضِيَتْ الزَّوْجَةُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الزَّوْجُ، أَوْ تَرَاضَيَا بِغَيْرِ ذَلِكَ، فَالْقَوْلُ الْأَصَحُّ: إِنَّ ذَلِكَ صَحِيحٌ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْقَطِعُ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ بِالْفَسْخِ وَقَبْلَ الْحُكْمِ مَا زَالَا عَلَى نِكَاحِهِمَا.

وَمُقَابِلُ الْأَصَحِّ أَنَّ النِّكَاحَ يَنْفَسِخُ بَيْنَهُمَا بِنَفْسِ التَّحَالُفِ مِنْ غَيْرِ افْتِقَارٍ إِلَى حُكْمٍ، وَعَلَيْهِ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى النِّكَاحِ بَعْدَ التَّحَالُفِ، فَلَا بُدَّ مِنْ شُرُوطِ النِّكَاحِ لِانْفِسَاخِ الْأَوَّلِ،

وَإِذَا حَلَفَا وَلَمْ يَرْضَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ الْآخَرُ وَفُسِخَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّ فَسْخَهُ يَكُونُ بِطَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي انْفِسَاخٍ حَيْثُ يُفْقَدُ الرِّضَا». فَهُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: «وَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى النِّكَاحِ».

وَإِذَا حَلَفَتِ الزَّوْجَةُ وَنَكَلَ هُوَ وَامْتَنَعَ مِنَ الْحَلِفِ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ مَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَتَأْخُذُ الزَّوْجَةُ مَعَ نُكُولِهِ...» الْبَيْتَ.

وَلَمْ يَتَكَلَّمِ النَّاظِمُ عَلَى عَكْسِ هَذِهِ الصُّورَةِ إِذَا نَكَلَتِ الزَّوْجَةُ وَحَلَفَ الزَّوْجِ، فَإِنَّ النِّكَاحَ يَلْزَمُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الزَّوْجُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَأَشَارَ لِمَا إِذَا نَكَلاَ مَعًا بِقَوْلِهِ: «وَالْحُكْمُ فِي نُكُولِ كُلٍّ مِنْهُمَا...» الْبَيْتَيْنِ. وَحَاصِلُهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إِنَّ ذَلِكَ كَالْحُكْمِ بَيْنَهُمَا بَعْدَ التَّحَالُفِ مِنْ تَخْيِيرِ الزَّوْجِ فِي دَفْعِ مَا ادَّعَتْهُ الزَّوْجَةُ، أَوْ الْفِرَاقُ دُونَ شَيْءٍ يَلْزَمُهُ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَالْحُكْمُ فِي نُكُولِ كُلٍّ مِنْهُمَا...» الْبَيْتُ.

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ الزَّوْجَ يَلْزَمُهُ مَا ادَّعَتْهُ الزَّوْجَةُ؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ عَنِ الْيَمِينِ مُحَقِّقٌ لِدَعْوَاهَا عَلَيْهِ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ، وَقِيلَ: «بَلْ نُكُولُهُ مُصَدِّقٌ...» الْبَيْتَ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: فَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الصَّدَاقِ، فَإِنْ كَانَ اخْتِلاَفُهُمَا فِي عَدَدِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ مِنْ غَيْرِ مَوْتٍ وَلَا طَلاَقٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهَا إِنْ كَانَتْ مَالِكَةً أَمْرَ نَفْسِهَا، أَوْ قَوْلُ مَنْ عَقَدَ النِّكَاحَ عَلَيْهَا مِنْ أَبٍ أَوْ وَصِيٍّ أَوْ وَلِيٍّ إِنْ كَانَتْ مَحْجُورًا عَلَيْهَا عَلَى الْمُسْتَحْسَنِ مِنَ الْأَقْوَالِ وَهِيَ الْمُبْتَدِئَةُ بِالْيَمِينِ أَوْ أَبُوهَا، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، وَفِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: أَنَّ الْأَبَ يَحْلِفُ فِي صَدَاقِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ.

قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ فِي وَاضِحَتِهِ: ثُمَّ يَكُونُ الزَّوْجُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى تَكْذِيبِ الْمَرْأَةِ أَوْ تَكْذِيبِ أَبِيهَا، وَبَيْنَ أَنْ يَلْتَزِمَ عَلَى مَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ الْمَرْأَةُ أَوْ أَبُوهَا، أَوْ يَتْرُكَ النِّكَاحَ وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنَ الصَّدَاقِ، وَلَمْ يَرَ النِّكَاحَ مُنْفَسِخًا بَيْنَهُمَا بِنَفْسِ التَّحَالُفِ حَتَّى يُخَيَّرَ بَعْد ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا مَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ، وَيَدْخُلُ بِهَا شَاءَتْ أَوْ أَبَتْ، وَبَيْنَ أَنْ يُطَلِّقَ وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

وَقَالَهُ الْقَاضِيَانِ أَبُو الْحَسَنِ بْنُ الْقَصَّارِ وَأَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْوَهَّابِ، وَنَحْوُهُ لِلْمُغِيرَةِ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ التَّحَالُفِ مِنَ الْخِيَارِ مِثْلَ مَا لِصَاحِبِهِ فِي إِمْضَاءِ النِّكَاحِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ

الْآخَرُ أَوْ رَدَّهُ، فَإِنْ أَبَيَا مِنْ ذَلِكَ فُسِخَ بَيْنَهُمَا بِطَلْقَةٍ، وَقِيلَ: بِغَيْرِ طَلَاقٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: الْقَوْلُ الَّذِي حَكَاهُ الْمُتَيْطِيُّ أَوَّلًا أَنَّهُ يُفْسَخُ بِطَلْقَةٍ، هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ بِهِ جَرَى الْقَضَاءُ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَقَالَ سَحْنُونٌ: إِذَا تَحَالَفَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا كَاللِّعَانِ.

قَالَ عَبْدُ الْحَقِّ فِي كِتَابِهِ عَنْ نَصِّ شُيُوخِهِ: إِذَا اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَتَحَالَفَا فَبَعْدَ التَّحَالُفِ وَقَبْلَ فَسْخِ النِّكَاحِ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ الْآخَرُ، إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لِمَنْ أَرَادَهُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِثْلَ الْبُيُوعِ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ بَابٌ يَنْبَغِي أَنْ يُحْتَاطُ فِيهِ، فَهُوَ كَاللِّعَانِ بِتَمَامِ التَّحَالُفِ يَنْفَسِخُ كَمَا قَالَ سَحْنُونٌ، وَذُكِرَ عَنْ الشَّيْخِ أَبِي عِمْرَانَ أَنَّ ذَلِكَ مِثْلُ الْبُيُوعِ، يَجْرِي فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْبَيْعِ، قَالَ: وَقَدْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ الْمُغِيرَةُ، أَنَّهُ إِذَا رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ الْآخَرُ تَمَّ النِّكَاحُ. قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْقَاسِمِ بْنُ مُحْرِزٍ: وَهُوَ الصَّوَابُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمَا حَكَاهُ الْمُتَيْطِيُّ عَنْ ابْنِ عِمْرَانَ وَصَوَّبَهُ ابْنُ مُحْرِزٍ هُوَ الَّذِي عَبَّرَ عَنْهُ الشَّيْخُ بِالْأَصَحِّ.

ثُمَّ قَالَ الشَّارِحُ: وَهَذِهِ الْأَبْيَاتُ الْمُتَكَلَّمُ عَلَيْهَا تَتَنَزَّلُ عَلَى مَا نَقَلْتُهُ عَنْ الْمُتَيْطِيِّ بِلَا إِشْكَالٍ، إِلَّا أَنَّ بَيْنَ مَا اعْتَمَدَهُ الْمُتَيْطِيُّ أَنَّهُ الْمَذْهَبُ وَتَبِعَهُ الشَّيْخُ وَبَيْنَ نَصِّ الْمُدَوَّنَةِ مُغَايَرَةٌ مَا فِي التَّخْيِيرِ، فَهُوَ فِي نَصِّ الْمُدَوَّنَةِ خَيَّرَ الزَّوْجَ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ مَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ الزَّوْجَةُ وَبَيْنَ أَنْ يَحْلِفَ وَيَنْحَلَّ عَنْهُ، وَهُوَ فِيمَا حَكَى الْمُتَيْطِيُّ وَغَيْرُهُ عَنْ وَاضِحَةِ ابْنِ حَبِيبٍ، يَكُونُ الزَّوْجُ بِالْخِيَارِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفُ عَلَى تَكْذِيبِ الْمَرْأَةِ أَوْ تَكْذِيبِ أَبِيهَا، فَقَالَ فِي التَّهْذِيبِ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الصَّدَاقِ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ وَأَخَذَتْ مَا تَدَّعِي، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَادَّعَى وَرَثَتُهَا تَسْمِيَةً وَادَّعَى الزَّوْجُ تَفْوِيضًا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ مِنْ غَيْرِ مَوْتٍ وَلَا طَلَاقٍ، فَادَّعَتْ الْمَرْأَةُ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ الزَّوْجُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَيُخَيَّرُ الزَّوْجُ فِي إِتْمَامِ مَا ادَّعَتْهُ، وَإِلَّا تَحَالَفَا وَفُسِخَ النِّكَاحُ وَلَا صَدَاقَ لَهَا[1].

قَالَ الشَّارِحُ: قَوْلُ الْمُدَوَّنَةِ بِالتَّخْيِيرِ قَبْلَ الْحَلِفِ أُجْرِيَ عَلَى النَّظَرِ، وَقَدْ لَا يُخَالِفُ ابْنَ

---

(١) التهذيب ١/٣٢٨.

الْقَاسِم ابْنُ حَبِيبٍ فِي انْسِحَابِ التَّخْيِيرِ فِيمَا بَعْدَ الْحَلِفِ؛ لِأَنَّهَا مَسْأَلَةٌ أُخْرَى، وَهِيَ بِمَاذَا يَتَقَرَّرُ الْفَسْخُ هَلْ بِنَفْسِ الْحَلِفِ أَوْ حَتَّى يُوقِعَ؟ فَتَأَمَّلْهُ.

ثُمَّ قَالَ فِي قَوْلِهِ: «وَالْحُكْمُ فِي نُكُولِ كُلٍّ مِنْهَا...» الْبَيْتَيْنِ. قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَاخْتُلِفَ إِذَا نَكَلاَ جَمِيعًا عَنْ الْأَيْمَانِ، فَقِيلَ: ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ حَلَفَا. وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ. قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ: وَالْأَوَّلُ أَحْسَنُ، وَكَذَا ذَكَرَ فِي كِتَابِ السَّلَمِ الثَّانِي. اهـ.

وَحَيْثُمَا ادَّعَى بِمَا قَدْ يُنْكَرُ ... تَرَدُّدُ الْإِمَامِ فِيهِ يُؤْثَرُ

فَقَالَ يَحْلِفَانِ وَالنِّكَاحُ ... بَيْنَهُمَا الْفَسْخُ لَهُ يُتَاحُ

وَجَعَلَ الْقَوْلَ لِمَنْ جَاءَ بِمَا ... يُشْبِهُ وَارْتَضَاهُ بَعْضُ الْعُلَمَا

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَا يَسْتَنْكِرُ وَلَا يُشْبِهُ مِنْ الصَّدَاقِ فِي الْقِلَّةِ وَالْكَثْرَةِ، يَعْنِي وَادَّعَى الْآخَرُ مَا يُشْبِهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ مَالِكًا ﷺ تَرَدَّدَ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ، فَقَالَ مَرَّةً: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا. وَقَالَ مَرَّةً: الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ ادَّعَى مِنْهُمَا مَا يُشْبِهُ كَسَائِرِ أَبْوَابِ الْفِقْهِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَاخْتُلِفَ أَيْضًا إِذَا أَتَى أَحَدُهُمَا -يَعْنِي الزَّوْجَيْنِ- بِمَا يُشْبِهُ وَأَتَى الْآخَرُ بِمَا لَا يُشْبِهُ، وَلَمْ يَكُنْ بَنَى بِهَا، فَقَالَ مَالِكٌ مَرَّةً: يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ. وَقَالَ مَرَّةً: الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ أَتَى بِمَا يُشْبِهُ دُونَ الْآخَرِ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ: وَهَذَا أَصْوَبُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ، كَالشَّاهِدِ يَحْلِفُ مَعَهُ مَنْ قَامَ لَهُ ذَلِكَ الدَّلِيلُ(١).

قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَسَوَاءٌ كَانَ اخْتِلَافُهُمْ فِي عَدَدِ الصَّدَاقِ أَوْ فِي نَوْعِهِ، كَانَ مِمَّا يُصَدِّقُهُ النِّسَاءُ أَوْ مِمَّا لَا يُصَدِّقْنَهُ. اهـ.

وَمُرَادُهُ بِـ«بَعْضِ الْعُلَمَاءِ» الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ اللَّخْمِيُّ.

قَالَ الشَّارِحُ: (تَنْبِيهٌ) مُرَادُ النَّاظِمِ إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا مَا يُشْبِهُ، وَادَّعَى الْآخَرُ مَا لَا يُشْبِهُ لِقِلَّةٍ أَوْ كَثْرَةٍ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ: «وَحَيْثُمَا ادَّعَى بِمَا قَدْ يُنْكَرُ». وَقَوْلُهُ: «وَجَعَلَ الْقَوْلَ لِمَنْ جَاءَ بِمَا يُشْبِهُ». وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْكَلَامَ الْمُتَقَدِّمَ قَبْلَ هَذِهِ الْأَبْيَاتِ حَيْثُ يَدَّعِيَانِ مَعًا مَا

---

(١) التاج والإكليل ٣/٥٣٦.

يُشْبِهُ، أَوْ يَدَّعِيَانِ مَعًا مَا لَا يُشْبِهُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

قَالَ رَحِمَهُ اللهُ:

وَالنَّـوْعُ وَالْوَصْـفُ إِذَا مَـا اخْتَلَفَـا ... فِيـهِ لِلاخْـتِلَافِ فِي الْقَـدْرِ اقْتَفَـى

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا قَبْلَ الْبِنَاءِ فِي نَوْعِ الصَّدَاقِ، كَأَنْ يَقُولَ: بِثَوْبٍ. وَتَقُولَ: بِمِائَةٍ. وَقِيمَتُهَا مُتَسَاوِيَةٌ، أَوْ اتَّفَقَا عَلَى النَّوْعِ وَاخْتَلَفَا فِي الْوَصْفِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: كَأَنْ تَقُولَ: بِعَبْدٍ تُرْكِيٍّ. وَقَالَ هُوَ: بِعَبْدٍ زِنْجِيٍّ. فَإِنَّ الْحُكْمَ فِي ذَلِكَ يَقْتَفِي، وَيَتْبَعُ الْحُكْمَ فِي الاخْتِلَافِ فِي الْقَدْرِ الْمُتَقَدِّمِ فِي صَدْرِ هَذَا الْفَصْلِ، وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ أَحدهما بِقَوْلِ الْآخَرِ تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا.

ابْنُ عَرَفَةَ: فِي الزَّوْجَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ نَوْعِهِ سَمِعَ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ بَعْضِ رِوَايَاتِ الْعُتْبِيَّةِ: إِنْ كَانَ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَبِ أَوْ الْوَلِيِّ إِنْ كَانَتْ بِكْرًا، وَتَحْلِفُ إِذْ لَيْسَ لَهَا الرِّضَا بِالْمَهْرِ، فَإِنْ أَعْطَى الزَّوْجُ مَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ، وَإِلَّا حَلَفَ وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي نَوْعِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَلِلَّخْمِيِّ مَعَ مَا تَقَدَّمَ وَلِابْنِ رُشْدٍ: تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا. اهـ[1].

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ مِنْ غَيْرِ مَوْتٍ وَلَا طَلَاقٍ تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا، وَيَجْرِي الرُّجُوعُ إِلَى الْأَشْبَهِ، وَانْفِسَاخُ النِّكَاحِ بِتَمَامِ التَّحَالُفِ وَغَيْرِهِ كَالْبَيْعِ[2].

التَّوْضِيحُ: أُحْتُرِزَ بِقَبْلِ الْبِنَاءِ مِنْ بَعْدِهِ، وَسَيَأْتِي حُكْمُهُ، وَبِقَوْلِهِ: مِنْ غَيْرِ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ. مِمَّا لَوْ حَصَلَ أَحَدُهُمَا وَسَيَأْتِي، وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ أَنَّ الْحُكْمَ التَّحَالُفُ وَالتَّفَاسُخُ، فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا وَنَكَلَ الْآخَرُ، ثَبَتَ النِّكَاحُ وَلَزِمَ النَّاكِلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْآخَرُ، وَقَوْلُهُ: وَتَحَالَفَا. أَيْ بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ مَالِكَةً أَمْرَ نَفْسِهَا، وَإِلَّا فَيَحْلِفُ مَنْ عَقَدَ النِّكَاحَ عَلَيْهَا مِنْ أَبٍ أَوْ وَصِيٍّ أَوْ وَلِيٍّ إِنْ كَانَتْ مَحْجُورًا عَلَيْهَا. قَالَهُ الْمُتَيْطِيُّ وَغَيْرُهُ. اهـ.

وَيَأْتِي هَذَا لِابْنِ الْحَاجِبِ فِي قَوْلِهِ: وَإِذَا تَنَازَعَ أَبُو الْبِكْرِ وَالزَّوْجُ تَحَالَفَا وَلَا كَلَامَ لَهَا[3].

---

(١) البيان والتحصيل ٤/٢٦٦.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٨٤.

(٣) جامع الأمهات ص ٢٨٤.

التَّوْضِيحُ: قَوْلُهُ: وَيَجْرِي الرُّجُوعُ... إلَخْ. أَشَارَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى مَسَائِلَ:

الْأُولَى: إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا مَا يُشْبِهُ، هَلْ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ أَوْ يَتَحَالَفَانِ؟ لِمَالِكٍ فِيهِ قَوْلَانِ: اللَّخْمِيُّ: وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّوَابُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالشَّاهِدِ يَحْلِفُ مَعَهُ مَنْ قَامَ لَهُ.

وَالثَّانِيَةُ: هَلْ يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ بِتَمَامِ التَّحَالُفِ كَاللِّعَانِ وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ أَوْ لَا يَنْفَسِخُ؟ وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ إِلَى قَوْلِ الْآخَرِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَبِيبٍ وَالْقَاضِيَيْنِ ابْنِ الْقَصَّارِ وَعَبْدِ الْوَهَّابِ، وَبِهِ جَرَى عَمَلُ الْأَنْدَلُسِيِّينَ.

ابْنُ مُحْرِزٍ: وَهُوَ أَصْوَبُ وَلَا شَكَّ عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَبِيبٍ أَنَّهُ يَنْفَسِخُ بِطَلَاقٍ، وَانْظُرْ عَلَى قَوْلِ سَحْنُونٍ الَّذِي يَقُولُ: إِنَّهُ يَنْفَسِخُ بِتَمَامِ التَّحَالُفِ كَاللِّعَانِ[1]، هَلْ يَنْفَسِخُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ أَمْ لَا؟

الثَّالِثَةُ: تَبْدِئَةُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّهَا بَائِعَةٌ نَفْسَهَا، وَلِمَالِكٍ فِي الْمُخْتَصَرِ أَنَّهُ يَبْدَأُ الزَّوْجُ.

الرَّابِعَةُ: إِذَا نَكَلَا قَالَ اللَّخْمِيُّ: قِيلَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ لَوْ حَلَفَا، وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ، وَهَذَا كُلُّهُ دَاخِلٌ تَحْتَ قَوْلِهِ: وَغَيْرُهُ كَالْبَيْعِ. اهـ.

وَقَوْلُهُ فِي الْبَيْتِ: «فِيهِ». أَيْ: الْمَذْكُورِ مِنَ النَّوْعِ وَالْوَصْفِ، وَيَجُوزُ إِفْرَادُ الضَّمِيرِ إِذَا كَانَ الْعَطْفُ بِأَوْ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيمَا عَيَّنَا ... مِنْ قَدْرِهِ مَعَ حَلْفِهِ بَعْدَ الْبِنَا

وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ ... وَتَقْتَضِي مَا عَيَّنَتْ بِالْحَلِفِ

لَمَّا قَدَّمَ الْكَلَامَ عَلَى حُكْمِ الِاخْتِلَافِ فِي الْقَدْرِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، أَتْبَعَهُ بِالْكَلَامِ عَلَيْهِ بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَهُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي مِنْ هَذَا الْفَصْلِ: «فَإِنْ يَكُنْ ذَلِكَ مِنْ قَبْلِ الْبِنَا». وَأَخْبَرَ هُنَا أَنَّ الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ الزَّوْجَةُ وَأَخَذَتْ مَا حَلَفَتْ عَلَيْهِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَإِذَا كَانَ اخْتِلَافُهُمَا بَعْدَ الْبِنَاءِ فِي عَدَدِ الصَّدَاقِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لِأَنَّهَا مَكَّنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا، فَصَارَتْ مُدَّعِيَةً وَهُوَ مُقِرٌّ لَهَا بِدَيْنٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ نَكَلَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهَا، وَيَكُونُ لَهَا مَا حَلَفَتْ

---

(١) البيان والتحصيل ٧/ ٤٦١، والتاج والإكليل ٤/ ٥١٠.

عَلَيْهِ[١]. قَالَ المُتَيْطِيُّ: هَذَا هُوَ المَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ. اهـ.

ابْنُ الحَاجِبِ: فَإِنْ تَنَازَعَا بَعْدَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ فَوْتٌ. وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: يَتَحَالَفَانِ مَعَ بَقَاءِ الْعِصْمَةِ، وَيَجِبُ لَهَا صَدَاقُ المِثْلِ، وَقِيلَ: إِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ[٢].

فَمَا قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْقَدْرِ. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ.

التَّوْضِيحُ: أَيْ: فَإِنْ تَنَازَعَا بَعْدَ الْبِنَاءِ فِي الْقَدْرِ أَوْ الصِّفَةِ، وَالْأَوَّلُ مَذْهَبُ المُدَوَّنَةِ.

ثُمَّ قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: (فَرْعٌ) فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجِنْسِ بَعْدَ الْبِنَاءِ، فَحَكَى اللَّخْمِيُّ وَالمُتَيْطِيُّ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ: الْأَوَّلُ: أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ إِنْ كَانَ تَنَازُعُهُمَا قَبْلَ الْبِنَاءِ كَانَ بِمَا يُصَدِّقُهُ النِّسَاءُ أَوْ لَا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبِنَاءِ ثَبَتَ النِّكَاحُ وَتُرَدُّ المَرْأَةُ إِلَى صَدَاقِ مِثْلِهَا مَا لَمْ يَكُنْ فَوْقَ قِيمَةِ مَا ادَّعَتْ، أَوْ دُونَ مَا ادَّعَى الزَّوْجُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الزَّوْجُ أَنْ يُعْطِيَهَا مَا ادَّعَتْ، وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ مَالك. ثُمَّ قَالَ: وَإِذَا قُلْنَا بِالتَّحَالُفِ وَرَدِّ المَرْأَةِ إِلَى صَدَاقِ المِثْلِ، فَهَلْ يَثْبُتُ النِّكَاحُ وَهُوَ المَعْرُوفُ فِي المَذْهَبِ وَرَوَاهُ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ، أَوْ يُفْسَخُ وَهُوَ الَّذِي فِي الجَلَّابِ؟ اهـ.

وَإِلَى هَذَا الْفِقْهِ بِعَيْنِهِ أَشَارَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ.

وَإِنْ هُمَا تَخَالَفَا فِي نَوْعِ مَا ... أَصْدَقَ مَا كَانَ فَحَلْفًا أُلْزِمَا

وَفِي الْأَصَحِّ يَثْبُتُ النِّكَاحُ ... وَمَهْرُ مِثْلِهَا لَهَا مُبَاحُ

فَقَوْلُهُ: وَإِنْ هُمَا -أَيْ الزَّوْجَانِ- تَخَالَفَا فِي نَوْعِ الصَّدَاقِ، يَعْنِي وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الْبِنَاءِ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ فِي الْبَيْتِ قَبْلَهُ مَعَ حَلِفِهِ بَعْدَ الْبِنَا.

وَقَوْلُهُ: «مَا كَانَ» أَيْ: كَانَ مِمَّا يُصَدِّقُهُ النِّسَاءُ أَوْ لَا، وَأَلِفُ «أُلْزِمَا» لِلتَّثْنِيَةِ، أَيْ: أُلْزِمَا مَعًا بِالْحَلِفِ.

وَفِي ثُبُوتِ النِّكَاحِ وَهُوَ الْأَصَحُّ وَفَسْخِهِ قَوْلَانِ، وَعَلَى كُلٍّ مِنْ الْقَوْلَيْنِ فَلَهَا صَدَاقُ مِثْلِهَا، وَتَقَدَّمَ هَذَا فِي قَوْلِ التَّوْضِيحِ، وَإِذَا قُلْنَا بِالتَّحَالُفِ وَرَدِّ المَرْأَةِ... إِلَخْ. اهـ.

---

(١) المدونة ٢/١٦٦.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٨٤.

فصل في الاختلاف في القبض

وَإِنْ هُمَا قَبْلَ الْبِنَاءِ اخْتَلَفَا ... فِي الْقَبْضِ لِلنَّقْدِ الَّذِي قَدْ وَصَفَا

فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ وَالْيَمِينُ ... أَوْ لِلَّذِي فِي حِجْرِهِ تَكُونُ

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ دَفَعَ الْحَالَّ مِنْ الصَّدَاقِ، وَأَنْكَرَتْ الزَّوْجَةُ وَزَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَقْبِضْهُ، فَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الزَّوْجَةِ مَعَ يَمِينِهَا، أَوْ يَمِينِ حَاجِرِهَا إِنْ كَانَتْ مَحْجُورَةً.

قَالَ فِي التَّهْذِيبِ: وَإِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ دَفَعَ الصَّدَاقَ وَأَنْكَرَتْ الزَّوْجَةُ، أَوْ مَاتَ الزَّوْجُ فَادَّعَتْ الزَّوْجَةُ أَنَّهَا لَمْ تَقْبِضْ صَدَاقَهَا، أَوْ مَاتَ الزَّوْجَانِ وَتَدَاعَى وَرَثَتُهُمَا فِي دَفْعِ الصَّدَاقِ، فَلاَ قَوْلَ لِلْمَدْخُولِ بِهَا وَلِوَرَثَتِهَا وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ أُصْدِقَتْ هِيَ أَوْ وَرَثَتُهَا. اهـ[1].

وَفِي نَصِّ التَّهْذِيبِ هَذَا زِيَادَةُ فَوَائِدَ عَلَى الْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ مِنْ فِقْهِ الْبَيْتَيْنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ثُمَّ قَالَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى:

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَا بَنَى ... وَيَدَّعِي الرَّفْعَ لَهَا قَبْلَ الْبِنَا

وَهُوَ لَهَا فِيمَا ادَّعَى مِنْ بَعْدِ أَنْ ... بَنَى بِهَا وَالْعُرْفُ رَعْيُهُ حَسَنْ

يَعْنِي إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي دَفْعِ الْحَالِّ مِنْ الصَّدَاقِ، وَكَانَ اخْتِلاَفُهُمَا بَعْدَ الْبِنَاءِ، فَإِنْ ادَّعَى الزَّوْجُ دَفْعَهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ ادَّعَى دَفْعَهُ بَعْدَ الْبِنَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا أَيْضًا، وَتَقَدَّمَ نَصُّ التَّهْذِيبِ لِهَذَا.

قَالَ الشَّارِحُ مُفَسِّرًا لِقَوْلِ النَّاظِمِ: «وَالْعُرْفُ رَعْيُهُ حَسَن». وَلِلْعُرْفِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ تَأْثِيرٌ فَالْحَقُّ مُرَاعَاتُهُ، قَالَ: وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى فِي هَذَيْنِ الْبَيْتَيْنِ، قَالُوا: مِنْ بَابِ ارْتِفَاعِ أَصْلٍ بِغَالِبٍ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ بِالزَّوْجَةِ دَلِيلٌ عِنْدَهُمْ لِصِحَّةِ دَعْوَى الزَّوْجِ أَنَّهُ دَفَعَ نَقْدَ الْمَهْرِ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّهُ الْغَالِبُ عَادَةً، فَارْتَفَعَ بِهِ أَصْلُ عِمَارَةِ الذِّمَّةِ بِخِلاَفِ دَعْوَاهُ الدَّفْعَ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَلاَ غَالِبَ مَعَهُ حِينَئِذٍ، فَيُحَبُّ الْبَقَاءُ مَعَ الْأَصْلِ؛ إِذْ لَا مُعَارِضَ لَهُ. اهـ.

ثُمَّ قَالَ رَحِمَهُ اللهُ:

---

(١) التهذيب ١/٣٢٨.

وَالْقَـوْلُ وَالْيَمِـينُ لِلَّـذِي ابْتَنَـى ... فِي دَفْعِـهِ الْكَـالِئَ قَبْـلَ الابْتِنَـا
إنْ كَـانَ قَـدْ حَـلَّ وَفِي الَّـذِي يَحِـلْ ... بَعْـدَ بِنَائِـهِ لَهَـا الْقَـوْلُ جُعِـلْ
ثُـمَّ لَهَـا امْتِنَاعُهَـا أَنْ يَـدْخُلاَ ... أَوْ تَقْـبِضَ الْحَـائِنَ مِمَّـا أُجِّـلاَ

يُعْنَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا بَنَى بِزَوْجَتِهِ وَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ لَهَا أَوْ لِحَاجِرِهَا الْكَالِئَ قَبْلَ الثَّنَاءِ وَأَنْكَرَتْ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ عَلَيْهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ إِلَّا بَعْدَ الْبِنَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، وَأَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّالِثِ إِلَى أَنَّ الْكَالِئَ إِذَا حَلَّ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْتَنِعَ مِنَ الدُّخُولِ حَتَّى تَقْبِضَهُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مِنْ جُمْلَةِ الْحَالِّ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت: فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِصَدَاقٍ بَعْضُهُ مُعَجَّلٌ وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلٌ وَدَخَلَ وَاخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الْمُؤَجَّلِ، فَقَالَ: سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ بِمِائَةِ دِينَارٍ وَخَادِمٍ إِلَى سَنَةٍ، فَنَقَدَهَا الْمِائَةَ وَدَخَلَ عَلَيْهَا بَعْدَ السَّنَةِ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الْخَادِمِ. فَقَالَ مَالِكٌ: إنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ مُضِيِّ السَّنَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ، فَكَذَلِكَ مَسْأَلَتُك[١].

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: قَالَ مَالِكٌ: لَا تُقْبَلُ دَعْوَى الْمَرْأَةِ بَعْدَ الْبِنَاءِ أَنَّهَا لَمْ تَقْبِضْ صَدَاقَهَا إِلَّا فِيمَا يَحِلُّ مِنْهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ.

وَفِي النَّوَادِرِ عَنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ رِوَايَةِ أَشْهَبَ: مَنْ تَزَوَّجَ بِعَاجِلٍ وَآجِلٍ فَلَهُ الْبِنَاءُ يَدْفَعُ الْمُعَجَّلَ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ حَتَّى حَلَّ الْمُؤَجَّلُ، فَلَهُ مَنْعُهُ حَتَّى تَقْبِضَ جَمِيعَهُ. اهـ.

---

(١) المدونة ٢/ ١٦٥.

فصل فيما يهديه الزوج -أي: للزوجة- **ثم يقع الطلاق** -يعني: أو الفسخ-

وَكُلُّ مَا يُرْسِلُهُ الزَّوْجُ إِلَى زَوْجَتِهِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْحُلَى
فَإِنْ يَكُنْ هَدِيَّةً سَمَّاهَا فَلاَ يَسُوغُ أَخْذُهُ إِيَّاهَا
إِلَّا بِفَسْخٍ قَبْلَ أَنْ يَبْتَنِيَا فَإِنَّهُ مُسْتَخْلِصٌ مَا بَقِيَا
وَإِنْ تَكُنْ عَارِيَّةً وَأَشْهَدَا مِنْ قَبْلُ سِرًّا فَلَهُ مَا وَجَدَا
وَمُدَّعٍ إِرْسَالَهَا كَيْ تُحْتَسَبْ مِنْ مَهْرِهَا الْحَلْفُ عَلَيْهِ قَدْ وَجَبْ
ثُمَّ لَهَا الْخِيَارُ فِي صَرْفٍ وَفِي إِمْسَاكِهَا مِنَ الصَّدَاقِ فَاعْرِفْ
وَمُدَّعِي الْإِرْسَالَ لِلثَّوَابِ شَاهِدُهُ الْعُرْفُ بِلاَ ارْتِيَابِ

يَعْنِي أَنَّ مَا يُرْسِلُهُ الزَّوْجُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى زَوْجَتِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْحُلِيِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ، ثُمَّ يَقَع الْفِرَاقُ بِطَلاَقٍ أَوْ بِفَسْخٍ، فَهَلْ يَرْجِعُ ذَلِكَ لِلزَّوْجِ أَوْ تَسْتَبِدُّ بِهِ الزَّوْجَةُ؟

فِي ذَلِكَ تَفْصِيلٌ، فَإِنْ سُمِّيَ ذَلِكَ هَدِيَّةً فَلَيْسَ لَهُ ارْتِجَاعُهُ وَكَانَ لِلزَّوْجَةِ، إِلَّا أَنْ يُفْسَخَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْبِنَاءِ بِوَجْهٍ مِنْ وُجُوهِ الْفَسْخِ، فَلَهُ حِينَئِذٍ اسْتِخْلاَصُ مَا بَقِيَ دُونَ مَا ضَاعَ مِنْهَا، فَلاَ تُطَالَبُ بِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْأَبْيَاتِ الثَّلاَثَةِ الْأُوَلِ.

وَإِنْ أَشْهَدَ الزَّوْجُ سِرًّا بِأَنَّ ذَلِكَ عَارِيَّةٌ لِلزَّوْجَةِ، فَلَهُ اسْتِرْجَاعُ مَا وُجِدَ مِنْهَا فِي الطَّلاَقِ وَالْفَسْخِ وَبَقَاءِ الْعِصْمَةِ، فَإِنْ ادَّعَى إِرْسَالَهَا تُحْسَبُ لَهُ مِنَ الْمَهْرِ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ، وَكَانَتْ الزَّوْجَةُ مُخَيَّرَةً بَيْنَ صَرْفِ ذَلِكَ لِلزَّوْجِ وَرَدِّهِ لَهُ، أَوْ تَحْبِسَ ذَلِكَ وَتَحْسِبُهُ مِنَ الْمَهْرِ كَمَا زَعَمَ الزَّوْجُ.

وَإِنْ ادَّعَى أَنَّ ذَلِكَ هِبَةٌ لِلثَّوَابِ رَجَعَ بِذَلِكَ لِلْعُرْفِ، فَإِنْ شَهِدَ لَهُ الْعُرْفُ صُدِّقَ فِي دَعْوَاهُ وَإِلَّا فَلاَ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: وَالْعُتْبِيَّة رَوَى عِيسَى وَأَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِيمَنْ أَهْدَى هَدِيَّةً لِزَوْجَتِهِ، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَالْهِدَايَةُ قَائِمَةٌ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ فِيهَا، وَلَوْ عُثِرَ عَلَى فَسَادِ النِّكَاحِ بِفَسْخٍ، فَمَا أَدْرَكَ مِنْهَا أَخَذَهُ وَمَا فَاتَ فَلاَ شَيْءَ لَهُ فِيهِ، قَالَ عَنْهُ أَصْبَغُ: وَلَوْ طُلِّقَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ النَّفَقَةِ وَشِبْهِ هَذَا فَهُوَ كَطَوْعِهِ بِالطَّلاَقِ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ فِيهِ، وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ

إذَا أَهْدَى ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الْبِنَاءِ.

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَمَنْ بَعَثَ إلَى زَوْجَتِهِ مَتَاعًا وَحُلِيًّا وَأَشْهَدَ أَنَّهُ عَارِيَّةٌ وَلَمْ يَعْلَمْ أَوْلِيَاؤُهَا، فَذَلِكَ عَلَى مَا أَشْهَدَ إنْ أَدْرَكَهُ أَخَذَهُ، وَإِنْ تَلِفَ وَلَمْ تَكُنْ عَلِمَتْ بِمَا أَشْهَدَ حَتَّى تَقْبَلَهُ عَلَى الْعَارِيَّةِ؛ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهَا.

وَفِي النَّوَادِرِ أَيْضًا مِنْ الْوَاضِحَةِ: وَمَا أَهْدَى النَّاكِحُ مِنْ حُلِيٍّ أَوْ ثِيَابٍ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَحْتَسِبَ ذَلِكَ فِي الصَّدَاقِ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إذَا سَمَّاهُ هَدِيَّةً، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ هَدِيَّةً حَلَفَ مَا أَرْسَلَهُ هَدِيَّةً وَمَا بَعَثَهُ إلَّا لِيُنْقِصَهُ مِنْ الصَّدَاقِ فَذَلِكَ لَهُ، فَإِنْ شَاءَتْ الزَّوْجَةُ قَاصَّتْهُ بِهِ أَوْ رَدَّتْهُ، وَقَالَهُ أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَهُ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ.

وَفِي الْمُقَرِّبِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ ثَوَابٌ فِي الْهِبَةِ، إلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهَا أَرَادَتْ بِذَلِكَ الثَّوَابَ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ الْمُوسِرُ تَكُونُ لِامْرَأَتِهِ الْجَارِيَةُ الْفَارِهَةُ، فَطَلَبَهَا مِنْهَا فَتُعْطِيهِ إيَّاهَا لِتَسْتَغْزِرَ عَطِيَّتَهُ، وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ فِيمَا يَهَبُ لِزَوْجَتِهِ[١].

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: فَإِنْ لَمْ يُسَمِّ هَدِيَّةً وَلَا أَعْلَنَ بِهَا، وَادَّعَى أَنَّهُ أَرْسَلَ لَهَا ثِيَابًا لِيُكَافَأَ عَلَيْهَا، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إلَى حَالِ أَهْلِ الْبَلَدِ، فَإِنْ كَانَ الْمُتَعَارَفُ عِنْدَهُمْ أَنَّ الرِّجَالَ إنَّمَا يَهْدُونَ إلَى نِسَائِهِمْ لِيُكَافَئُوا عَلَى ذَلِكَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي الْبَلَدِ سِيرَةٌ بِالْمُكَافَأَةِ، وَلَا رُئِيَ مِنْ الزَّوْجِ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ مِنْهُ عَلَى طَلَبِ الْمُكَافَأَةِ، وَلَا ذَكَرَ وَجْهًا غَيْرَ طَلَبِ الْمُكَافَأَةِ، وَلَمْ يُرَ فِي وَقْتِ الْهَدِيَّةِ مَا يَدُلُّ عَلَى إرَادَتِهِ الَّتِي ذَكَرَ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهَا قِيَامٌ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَشَرْطُ كِسْوَةٍ مِنْ الْمَحْظُورِ ... لِلزَّوْجِ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ

يَعْنِي: أَنَّ اشْتِرَاطَ الزَّوْجِ عَلَى الزَّوْجَةِ كِسْوَةً لَهُ فِي نَفْسِ عَقْدِ النِّكَاحِ مَحْظُورٌ وَمَمْنُوعٌ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ، وَذَلِكَ مَمْنُوعٌ لِافْتِرَاقِ أَحْكَامِهِمَا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُكَايَسَةِ وَتَجُوزُ فِيهِ الْهِبَةُ، وَالنِّكَاحُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُكَارَمَةِ وَلَا تَجُوزُ فِيهِ الْهِبَةُ فَافْتَرَقَا، فَإِذَا جُمِعَا لَمْ يَدْرِ مَا يَنُوبُ الْبُضْعَ وَلَا مَا يَنُوبُ الْكِسْوَةَ مَثَلاً مِمَّا أَعْطَى الزَّوْجُ، فَمَآلُ ذَلِكَ إلَى الْجَهْلِ بِالصَّدَاقِ وَبِعِوَضِ الْكِسْوَةِ، وَالْجَهْلُ فِي ذَلِكَ مَمْنُوعٌ.

وَقِيلَ فِي وَجْهِ الْمَنْعِ أَيْضًا: إنَّ الْكِسْوَةَ قَدْ تُسَاوِي مَا أَعْطَى الزَّوْجُ، فَيَخْلُو الْبُضْعُ عَنْ

---

(١) المدونة ٤/٤١٣.

الْعِوَضِ، وَالْقَائِلُ بِهَذَا يَمْنَعُ ذَلِكَ.

وَلَوْ كَانَ فِيمَا أَعْطَى الزَّوْجُ فَضْلٌ كَثِيرٌ عَلَى مَا أَعْطَتْهُ الْمَرْأَةُ حِمَايَةً لِلذَّرَائِعِ، فَيُخْشَى إِنْ صَحَّ الْأَمْرُ مِنْ هَذَيْنِ أَنْ لَا يَصِحَّ مِنْ غَيْرِهِمَا، فَإِنْ وَقَعَ ذَلِكَ فُسِخَ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَثَبَتَ بَعْدَهُ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ.

وَفُهِمَ عَنْ قَوْلِهِ: «وَشَرْطُ». أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ إِنْ كَانَ طَوْعًا بَعْدَ الْعَقْدِ، وَلِلزَّوْجِ يَتَعَلَّقُ بِشَرْطٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَفِي وَثَائِقِ ابْنِ سَلْمُونٍ تَقْرِيرُ الْعَمَلِ بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَكَأَنَّهُ ارْتَكَبَ فِيهَا غَيْرَ الْمَشْهُورِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَتَقَدَّمَ نَحْوُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي قَوْلِ الشَّيْخِ:

وَيَفْسُدُ النِّكَاحُ بِالْإِمْتَاعِ فِي ... عُقْدَتِهِ وَهُوَ عَلَى الطَّوْعِ انْتَفَى

فَرَاجِعْهُ إِنْ شِئْتَ.

فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء

وَالْأَبُ إِنْ أَوْرَدَ بَيْـتَ مَـنْ بَنَـى ... بِبِنْتِـهِ الْبِكْـرِ شُـوَارًا لاِبْتِنَـا

وَقَـامَ يَـدَّعِي إِعَـارَةً لِـمَا ... زَادَ عَـلَى نَقْـدِ إِلَيْـهِ سُـلِّمَا

فَـالْقَوْلُ قَوْلُـهُ بِغَـيْرِ بَيِّنَـهْ ... مَـا لَمْ يَطُـلْ بَعْـدَ الْبِنَـا فَـوْق الـسَّنَهْ

وَإِنْ يَكُـنْ بِـمَا أَعَـارَ أَشْـهَدَا ... قَبْـلَ الـدُّخُولِ فَلَـهُ مَـا وَجَـدَا

وَفِي سِـوَى الْبِكْـرِ وَمِـنْ غَـيْرِ أَبِ ... قَبُـولُ قَـوْلِ دُونَ إِشْـهَادٍ أُبِي

وَلَا ضَـمَانَ فِي سِـوَى مَـا أَتْلَفَـتْ ... مَالِكَـةٌ لِأَمْرِهَـا الْعِلْـمَ اقْتَفَـتْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ وَأَوْرَدَ شُوَارَهَا بَيْتَ بِنَاءِ الزَّوْجِ بِهَا؛ أَيْ أَرْسَلَ الشُّوَارَ -وَهُوَ مَا اشْتَرَى لَهَا بِنَقْدِهَا مِنْ ثِيَابٍ وَحُلِيٍّ وَغِطَاءٍ وَوَطْءٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ- لِبَيْتِ الْبِنْتِ الْمَذْكُورَةِ، فَكَانَ ذَلِكَ تَحْتَ يَدِهَا، ثُمَّ ادَّعَى الْأَبُ أَنَّ الشُّوَارَ الْمَذْكُورَ أَوْ بَعْضَهُ عَارِيَّةٌ بِيَدِهَا فَإِنَّهُ يُنْظَرُ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الشُّوَارِ مِثْلَ مَا قَبَضَ مِنْ صَدَاقِ ابْنَتِهِ أَوْ أَقَلَّ، فَلاَ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهَا، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُ عَلَى مَا قَبَضَ فَتُقْبَلُ دَعْوَاهُ الْعَارِيَّةَ فِي ذَلِكَ الزَّائِدِ مَعَ يَمِينِهِ، إِنْ ادَّعَى ذَلِكَ دَاخِلَ السَّنَةِ مِنْ يَوْمِ الْبِنَاءِ بِالْبِنْتِ الْمَذْكُورَةِ، فَإِنْ انْقَضَتْ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْأَبْيَاتِ الثَّلَاثَةِ الْأُوَلِ، هَذَا إِذَا كَانَتْ الْعَارِيَّةُ الْمَذْكُورَةُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الْأَبِ.

وَأَمَّا إِنْ شَهِدَ بِالْعَارِيَّةِ قَبْلَ الْبِنَاءِ بِالْبِنْتِ، يَعْنِي أَوْ بَعْدَهُ بِالْقُرْبِ جِدًّا، فَلِلأَبِ مِنْ تِلْكَ الْعَارِيَّةِ مَا وُجِدَ مِنْهَا دُونَ مَا تَلِفَ، فَلاَ تَضْمَنُهُ الْبِنْتُ إِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالْعَارِيَّةِ كَمَا يَأْتِي، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ بِمَا أَعَارَ أَشْهَدَا...» الْبَيْتَ.

ثُمَّ صَرَّحَ بِمَفْهُومِ وَصْفِ الْبِنْتِ بِالْبَكَارَةِ وَبِمَفْهُومِ الْأَبِ فِي قَوْلِهِ: «وَالْأَبُ». فَأَخْبَرَ أَنَّ الزَّوْجَةَ إِذَا كَانَتْ ثَيِّبًا، فَلاَ تُقْبَلُ دَعْوَى الْأَبِ الْعَارِيَّةَ لَهَا لَا دَاخِلَ السَّنَةِ وَلَا بَعْدَهَا، وَأَحْرَى عَدَمُ قَبُولِهَا مِنْ غَيْرِ الْأَبِ كَالْأُمِّ أَمْ غَيْرِهَا كَالْوَصِيِّ وَالْوَلِيِّ، وَأَنَّ مُدَّعِي الْعَارِيَّةِ إِنْ كَانَ غَيْرَ أَبٍ كَأُمٍّ أَوْ وَصِيٍّ أَوْ وَلِي لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ، لَا لِلْبِكْرِ وَلَا لِغَيْرِهَا، وَإِلَى هَذَيْنِ الْمَفْهُومَيْنِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي سِوَى الْبِكْرِ وَمِنْ غَيْرِ أَبِ...» الْبَيْتَ.

ثُمَّ بَيَّنَ مَا يُضْمَنُ مِنَ الْعَارِيَّةِ وَمَا لا يُضْمَنُ مِنْهَا، فَقَالَ: «وَلَا ضَمَانَ فِي سِوَى مَا أُتْلِفَتْ». يَعْنِي إِذَا صَحَّتْ الْعَارِيَّةُ فَوَجَدَ الْمُعَارَ تَالِفًا كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ، فَلاَ ضَمَانَ عَلَى الْبِنْتِ الْمَذْكُورَةِ فِيمَا تَلِفَ إِلَّا فِي وَجْهٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ إِذَا عَلِمَتْ بِالْعَارِيَّةِ وَكَانَتْ رَشِيدَةً، أَمَّا الْجَاهِلَةُ بِالْعَارِيَّةِ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهَا وَلَوْ رَشِيدَةً، وَكَذَا الْعَالِمَةُ بِهَا وَهِيَ مَحْجُورَةٌ، فَلاَ غُرْمُ عَلَيْهَا أَيْضًا.

قَالَ فِي مُنْتَقَى الْأَحْكَامِ: قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَإِذَا ادَّعَى الْأَبُ بَعْض مَا جَهَّزَ بِهِ الْبِكْرَ بَعْدَ دُخُولِ الزَّوْجِ أَنَّهُ لَهُ وَإِنَّهُ أَعَارَهُ إِيَّاهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِذَا كَانَ فِيمَا سَاقَتْ إِلَى زَوْجِهَا وَفَاءً بِمَا أَعْطَاهَا، سِوَى هَذَا الَّذِي يَدَّعِيهِ الْأَبُ، وَسَوَاءٌ عُرِفَ لَهُ قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يُعْرَفْ، أَقَرَّتْ بِهِ الابْنَةُ أَوْ أَنْكَرَتْهُ، مَا لَمْ يَطُلْ زَمَنُ ذَلِكَ جِدًّا، وَلَيْسَتْ السَّنَةُ طُولًا، وَلَا يَكُونُ هَذَا إِلَّا لِلأَبِ فِي ابْنَتِهِ الْبِكْرِ؛ لِأَنَّ مَا لَهَا فِي يَدِهِ، وَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُهُ، وَأَمَّا الابْنَةُ الثَّيِّبُ فَلاَ؛ لِأَنَّهُ لَا قَضَاءَ لِلأَبِ فِي مَالِهَا وَإِنَّمَا هُوَ فِي يَدِهَا، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَوْلِيَاءِ فِي الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا جَازَ ذَلِكَ لِلأَبِ فِي الْبِكْرِ خَاصَّةً، كَذَلِكَ أَوْضَحَ لِي مَنْ كَاشَفْت مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ، وَانْظُرْ إِذَا كَانَ قَدْ أَشْهَدَ عَلَى الشُّورَةِ قَبْلَ ذَلِكَ، وَقَالَ: أُشْهِدُكُمْ أَنَّهَا عَارِيَّةٌ بِيَدِ ابْنَتِي. ثُمَّ قَامَ يَطْلُبُهَا، فَلَهُ ذَلِكَ بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، قَالَهُ فِي سَمَاعِ أَصْبَغَ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ حُكْمُ سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ مَعَ الْإِشْهَادِ إِذَا أَدْخَلَهُ بَيْتَهَا بِبَيِّنَةٍ ،وَإِنْ تَلِفَ ذَلِكَ الشَّيْءُ وَكَانَتْ بِكْرًا، فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهَا وَإِنَّ عَلِمَتْ بِالْعَارِيَّةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ هَلاَكُهُ بَعْدَ أَنْ رَشِدَتْ فَتَضْمَنُهُ، إِلَّا أَنْ تَقُومَ لَهَا بَيِّنَةٌ بِالتَّلَفِ مِنْ غَيْرِ سَبَبِهَا، وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً ثَيِّبًا يَوْمَ أَخْرَجَهَا وَعَلِمَتْ ضَمِنَتْ، وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ لَمْ تَضْمَنْ. اهـ.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ: هَذِهِ الْأَبْيَاتُ السِّتَّةُ مِنَ الْأَبْيَاتِ الْجَامِعَةِ، ثُمَّ قَالَ: وَلَمْ يَبْقَ مِمَّا نُقِلَ مِنْ مُنْتَقَى الْأَحْكَامِ شَيْءٌ لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ، مَا عَدَا عَدَمَ ضَمَانِ الرَّشِيدَةِ مَا قَامَتْ لَهَا الْبَيِّنَةُ عَلَى تَلَفِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبِهَا خَاصَّةً. اهـ. وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ.

فصل في الاختلاف في متاع البيت

وَإِنْ مَتَـاعَ الْبَيْـتِ فِيـهِ اُخْتُلِفَـا ... وَلَمْ تَقُـمْ بَيِّنَـةٌ فَتُقْتَفَـى

فَالْقَوْلُ قَـوْلُ الـزَّوْجِ مَـعَ يَمِـينِ ... فِـيمَا بِـهِ يَلِيـقُ كَالسِّـكِّينِ

وَمَـا يَلِيـقُ بِالنِّسَـاءِ كَـالْحُلِيِّ ... فَهْـوَ لِزَوْجَـةٍ إِذَا مَـا تَـأْتَلِي

وَإِنْ يَكُـنْ لَاقَ بِكُـلٍّ مِـنْهُمَا ... مِثْـلَ الرَّقِيـقِ حَلَفَـا وَاقْتَسَـمَا

وَمَالِـكٌ بِـذَاكَ لِلـزَّوْجِ قَـضَى ... مَـعَ الْيَمِـينِ وَبِقَوْلِـهِ الْقَـضَا

وَهُـوَ لِمَـنْ يَحْلِـفُ مَـعَ نُكُـولِ ... صَـاحِبِهِ مِـنْ غَـيْرِ مَـا تَفْـصِيل

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ وَأَثَاثِهِ وَادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ، فَإِنَّهُ يُفَصَّلُ فِي ذَلِكَ، فَمَا كَانَ مِنْهُ يَلِيقُ بِالرَّجُلِ كَالسِّكِّينِ وَالرُّمْحِ وَالْفَرَسِ وَالْكِتَابِ فَيُحْكَمُ بِهِ لِلرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِ مَا لَمْ تَقُمْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَلاَ يَمِينَ عَلَيْهِ، وَمَا يَلِيقُ بِالْمَرْأَةِ كَالْحُلِيِّ وَمَا لَا يَلْبَسُهُ الرِّجَالُ فَيُحْكَمُ بِهِ لِلْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهَا مَا لَمْ تَقُمْ لَهَا أَيْضًا بَيِّنَةٌ فَلاَ يَمِينَ عَلَيْهَا.

وَعَلَى كَوْنِ هَذَا الْحُكْمِ إِذَا لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ فَتُقْتَفَى». وَمَا يَلِيق بِكُلٍّ مِنْهُمَا كَالرَّقِيقِ وَالثِّيَابِ الَّتِي يَلْبَسُهَا الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ فَفِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيُقْسَمُ بَيْنَهُمَا أَنْصَافًا.

وَالثَّانِي -وَهُوَ الْمَشْهُورُ-: أَنَّهُ يُحْكَمُ بِهِ لِلزَّوْجِ أَيْضًا بَعْدَ يَمِينِهِ، وَبِهَذَا الْقَوْلِ الْحُكْمُ وَالْقَضَاءُ، وَإِلَى هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الرَّابِعِ وَالْخَامِسِ.

وَأَشَارَ بِالْبَيْتِ السَّادِسِ إِلَى أَنَّ مَنْ ادَّعَى مِنْ الزَّوْجَيْنِ مَا يَلِيقُ بِهِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ، وَقُلْنَا الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، فَنَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ وَحَلَفَ الآخِرُ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَكُونُ لِلْحَالِفِ؛ لِأَنَّ نُكُولَ الْمُدَّعِي كَالشَّاهِدِ عَلَيْهِ، فَيَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَيَسْتَحِقُّ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «مِنْ غَيْرِ مَا تَفْصِيل». وَالْيَمِينُ مِنْ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْبَتِّ، وَمِنْ وَرَثَةِ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْعِلْمِ. نَقَلَهُ الشَّارِحُ فِي سِيَاقِ كَلَامِ النَّوَادِرِ عَنْ الْوَاضِحَةِ[1].

---

(١) قال في المختصر ص ١١٠: وفي متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين، وإلا فله بيمين، ولها=

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ حُرَّيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ وَلَا بَيِّنَةَ؛ قُضِيَ لِلْمَرْأَةِ بِمَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ، كَالطَّسْتِ وَالْمَنَارَةِ وَالْقِبَابِ وَالْحِجَالِ وَالْفُرُشِ وَالْبُسُطِ وَالْحُلِيِّ، وَلِلرَّجُلِ بِمَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ وَبِمَا يُعْرَفُ لَهُمَا؛ لِأَنَّهُ بَيْتُهُ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا[1].

التَّوْضِيحُ: فَإِنْ قَامَتْ لِلْمَرْأَةِ بَيِّنَةٌ بِمَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ؛ قُضِيَ لَهَا بِهِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ، وَكَذَلِكَ هُوَ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَلَا بَيِّنَةَ». فَإِنَّهُ يُقْضَى لِلْمَرْأَةِ بِمَا يُعْرَفُ لِلنِّسَاءِ، وَلِلرَّجُلِ بِمَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ خَاصَّةً، وَيُقْضَى لَهُ أَيْضًا بِمَا يُعْرَفُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ لِلرَّجُلِ، وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِثْلُهُ إِلَّا فِيمَا يُعْرَفُ لَهُمَا، فَإِنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا، وَإِلَيْهِ أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا[2]. لِأَنَّ الضَّمِيرَ فِي أَنَّهُ عَائِدٌ عَلَى مَا يَصْلُحُ لَهُمَا.

ثُمَّ قَالَ: وَإِذَا فَرَّعْنَا عَلَى الْمَشْهُورِ فَهَلْ عَلَيْهِ يَمِينٌ؟ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَبِيبٍ وابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ عِنْدَهُمْ، أَوْ لَا يُحْتَاجُ إِلَيْهَا؟ وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ، وَرَأَى صَاحِبُ الْبَيَانِ أَنَّهُ لَا يُخْتَلَفُ فِي تَوَجُّهِ الْيَمِينِ.

وَالطَّسْتُ إِنَاءٌ مَبْسُوطُ الْقَاعِ مَعْطُوفُ الْأَطْرَافِ، يُعْمَلُ فِي الْغَالِبِ مِنَ النُّحَاسِ، يُعَدُّ فِي الْغَالِبِ لِغَسْلِ الْيَدَيْنِ، وَالْمَنَارَةُ الشَّيْءُ الَّذِي يُوضَعُ عَلَيْهِ السِّرَاجُ، وَالْقِبَابُ جَمْعُ قُبَّةٍ، وَالْحِجَالُ قَالَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ: هِيَ السُّتُورُ.

وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ: الْحَجَلَةُ بِالتَّحْرِيكِ وَاحِدَةٌ حِجَالُ الْعَرُوسِ، وَهِيَ بَيْتٌ يُزَيَّنُ بِالثِّيَابِ وَالْأَسِرَّةِ وَالسُّتُورِ[3].

أَصْبَغُ وَأَبُو عِمْرَانَ وَغَيْرُهُمَا: وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِذَلِكَ، أَيْ وَإِنْ كَانَ الْعُرْفُ فِي شَيْءٍ مِمَّا ذُكِرَ أَنَّهُ لِلرَّجُلِ قُضِيَ لَهُ، وَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي الْبُسُطِ تَبِعَ فِيهِ الْمُدَوَّنَةَ، وَهُوَ جَارٍ عَلَى الْعُرْفِ عِنْدَنَا بِمِصْرَ فِي أَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْتِي بِهَا، وَأَمَّا إِنْ طَالَ الْأَمْرُ فَالرَّجُلُ هُوَ

=الغزل إلا أن يثبت أن الكتان له فشريكان، وإن نسجت كلفت بيان أن الغزل لها، وإن أقام الرجل بينة على شراء ما لها، حلف وقضي له به كالعكس، وفي حلفها تأويلان.

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٤.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٨٤.

(٣) الصحاح للجوهري ٤/١٦٦٧.

الَّذِي يُخْلِفُهَا.

ابْنُ رَاشِدٍ: وَعِنْدَنَا أَنَّهَا مَعْرُوفَةٌ لِلرِّجَالِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَيَقْضِي لِلْمَرْأَةِ بِجَمِيعِ الْحُلِيِّ، إِلَّا السَّيْفَ وَالْمِنْطَقَةَ وَالْخَاتَمَ فَإِنَّهَا لِلرِّجَالِ، وَلِلرَّجُلِ جَمِيعُ الرَّقِيقِ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا، وَأَصْنَافُ الْمَاشِيَةِ، وَمَا فِي الْحَوَائِطِ مِنْ خَيْلٍ أَوْ بِغَالٍ فَلِمَنْ حَازَ ذَلِكَ قَبْلُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَوْزًا فَالْمَرْكُوبُ كُلُّهُ لِلرَّجُلِ.

وَقَوْلُهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَالْخَاتَمُ. ابْنُ يُونُسَ: أَيْ: الْفِضَّةُ يَعْنِي، وَأَمَّا الذَّهَبُ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ.

خَلِيلٌ: وَجَرَتْ الْعَادَةُ عِنْدَنَا بِأَنَّ صِيَاغَةَ خَاتَمِ الرَّجُلِ لَا تُشَابِهُ صِيَاغَةَ خَاتَمِ الْمَرْأَةِ فَيُرْجَعُ إِلَى ذَلِكَ، وَأَمَّا الرَّقِيقُ فَمَا قَالَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ ظَاهِرٌ فِي الذُّكُورِ، وَأَمَّا الْإِنَاثُ فَقَدْ تَكُونُ لِلنِّسَاءِ وَقَدْ تَكُونُ لِلرِّجَالِ.

مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا فِي الدَّارِ قُضِيَ بِهَا لِلرَّجُلِ. ثُمَّ ذَكَرَ فَرْعَيْنِ:

الْأَوَّلُ: إِنْ طَلَّقَهَا وَعَلَيْهَا ثِيَابٌ فَطَلَبَتْهُ بِالْكُسْوَةِ فَقَالَ لَهَا: مَا عَلَيْك فَقُولِي وَقَالَتْ: بَلْ هُوَ لِي، أَوْ عَارِيَّةٌ عِنْدِي. فَثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: قِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ. وَقِيلَ: قَوْلُ الزَّوْجَةِ. وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ مِنْ كُسْوَةِ الْبِذْلَةِ فَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِلَّا فَقَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، فَإِذَا حَلَفَتْ كَسَاهَا.

الْفَرْعُ الثَّانِي: إِذَا اشْتَرَى لِزَوْجَتِهِ ثِيَابًا فَلَبِسَتْهَا فِي غَيْرِ الْبِذْلَةِ، ثُمَّ فَارَقَهَا وَادَّعَى أَنَّهَا عَارِيَّةٌ وَأَنْكَرَتْهُ، فَقَالَ الدَّاوُدِيُّ: إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَشْتَرِي ذَلِكَ لِزَوْجَتِهِ عَلَى وَجْهِ الْعَارِيَّةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَإِلَّا فَقَوْلُهَا[١]، وَسَوَاءٌ كَانَ لِبَاسَهَا أَوْ لَا، قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيرًا، قَرِيبًا أَوْ بَعِيدًا، وَقَالَ غَيْرُهُ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ مُطْلَقًا. اهـ. كَلَامُ ابْنِ رَاشِدٍ. اهـ. كَلَامُ التَّوْضِيحِ.

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: وَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلُ بَيِّنَةً عَلَى شِرَاءِ مَا لَهَا حَلَفَ وَقُضِيَ لَهُ بِهِ كَالْعَكْسِ، وَفِي حَلِفِهَا تَأْوِيلَانِ[٢].

الْمَوَّاقُ: ابْنُ الْهِنْدِيِّ: إِنْ كَسَا الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ كُسْوَةً، ثُمَّ طَلَّقَهَا فَأَرَادَ أَخْذَ كُسْوَتِهِ، فَإِنْ مَضَى لَهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ فَهِيَ لِلْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ فَهِيَ لِلرَّجُلِ، وَقَعَ هَذَا فِي الْقَذْفِ مِنَ الْمُدَوَّنَةِ، لَكِنْ قَالَ: شُهُور. فَحُمِلَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ. وَيَبْقَى النَّظَرُ فِي ثِيَابِ غَيْرِ الْمِهْنَةِ إِذَا لَمْ يُشْهِدْ أَنَّهَا زِينَةٌ، أُنْظُرْ قَبْلَ تَرْجَمَةِ بَابِ اللِّعَانِ مِنْ طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ.

---

(١) التاج والإكليل ٣/ ٥٤١، ومواهب الجليل ٥/ ٢٤٠.

(٢) مختصر خليل ص ١١٠.

وَقَالَ ابْنُ الْفَخَّارِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ أَنَّ الثِّيَابَ الَّتِي لَا تُشَاكِلُ أَنْ تَكُونَ مِنْ بِذْلَتِهَا لِارْتِفَاعِهَا، وَمِثْلُهَا لَا يَفْرِضُهَا عَلَيْهِ الْقَاضِي أَنَّهَا عَارِيَّةٌ. وَقَالَ: إِنَّ هَذَا هُوَ مُقْتَضَى مَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي مِنَ الْمُدَوَّنَةِ[1].

وَفِي نَوَازِلِ ابْنِ الْحَاجِّ: إِنْ وَجَدَتْ ذَهَبًا نَاضَّةً فِي تَرِكَةِ الزَّوْجِ فَادَّعَتْهَا الْمَرْأَةُ، فَإِنْ قَامَ دَلِيلٌ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ قَرِيبَةَ عَهْدٍ بِبَيْعِ أَصْلٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا[2].

قَالَ ابْنُ مُزَيْنٍ: وَإِذَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا لَا بُدَّ مِنْ يَمِينِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْوَرَثَةُ إِلَّا أَوْلَادَهَا؛ إِذْ لَيْسَ هَذَا مِنْ دَعْوَى الْوَلَدِ إِنَّمَا هِيَ الْمُدَّعِيَةُ، فَحَكَمَتْ السُّنَّةُ بِأَنْ تَحْلِفَ، وَانْظُرْ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الدَّجَاجِ، قِيلَ: يُقْضَى بِهَا لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ[3].

وَسَمِعَ أَصْبَغُ: إِنْ تَدَاعَيَا فِي غَزْلٍ فَهُوَ لَهَا بَعْدَ حَلِفِهَا.

ابْنُ عَرَفَةَ: إِنْ كَانَ الزَّوْجُ مِنْ الْحَاكَةِ وَأَشْبَهَ غَزْلُهُ غَزْلَهَا فَمُشْتَرَكٌ، وَإِلَّا فَهُوَ لِمَنْ أَشْبَهَ غَزْلُهُ مِنْهُمَا[4].

الْمُتَيْطِيُّ: إِنْ عُرِفَتْ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْكَتَّانَ لِلرَّجُلِ أَوْ أَقَرَّتْ الْمَرْأَةُ بِذَلِكَ؛ كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الْغَزْلِ، الرَّجُلُ بِقِيمَةِ كَتَّانِهِ وَالْمَرْأَةُ بِقِيمَةِ عَمَلِهَا. اهـ. مِنْ الْمَوَّاقِ بِتَقْدِيمٍ وَتَأْخِيرٍ[5].

---

(١) التاج والإكليل ٣/ ٥٤٠.

(٢) التاج والإكليل ٣/ ٥٤٠.

(٣) التاج والإكليل ٣/ ٥٤٠.

(٤) منح الجليل ٣/ ٥٢٥.

(٥) التاج والإكليل ٣/ ٥٤٠.

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

وَيَثْبُتُ الْإِضْرَارُ بِالشُّهُودِ ... أَوْ بِسَمَاعٍ شَاعَ فِي الْوُجُودِ

يَعْنِي أَنَّ إِضْرَارَ الزَّوْجِ بِزَوْجَتِهِ يَثْبُتُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: إِمَّا بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ بِهِ وَمُعَايَنَتِهِمْ إِيَّاهُ لِمُجَاوَرَتِهِمْ لِلزَّوْجَيْنِ لِقَرَابَتِهِمْ مِنْهُمَا وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَإِمَّا بِالسَّمَاعِ الْفَاشِي الْمُسْتَفِيضِ عَلَى أَلْسِنَةِ الْجِيرَانِ وَالْخَدَمِ وَغَيْرِهِمَا.

قَالَ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ مِنْ الْعُتْبِيَّةِ: لِأَصْبَغَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ سَأَلَ عَنْ الشَّاهِدَيْنِ الْعَدْلَيْنِ يَشْهَدَانِ فِي ضَرَرِ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ عَلَى السَّمَاعِ الْفَاشِي مِنْ الْجِيرَانِ وَالْأَهْلِينَ، فَقَالَ: السَّمَاعُ الْفَاشِي وَالشُّهُودُ الْكَثِيرُ عَلَيْهِ أَحَبُّ إِلَيَّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ غَيْرَهُمَا نَفَذَ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الزَّوْجِ مَدْفَعٌ.

وَفِي الْمُفِيدِ: وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنَّ شَهَادَةَ الشُّهُودِ عَلَى مَعْرِفَةِ الضَّرَرِ بِالْبَتَاتِ فِيهَا بَعْضُ الْمَغْمَزِ مِنْ أَجْلِ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَعْرِفُهُ الشُّهُودُ مَعْرِفَةَ قَطْعٍ.

قَالَ أَصْبَغُ: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَا دَاخِلَةَ فِيهِ عَلَيْهِمْ إِذَا عَرَفُوا ذَلِكَ مَعْرِفَةَ يَقِينٍ. اهـ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: قُلْتُ: شَهَادَةُ بَتِّ الْعِلْمِ بِضَرَرِ الزَّوْجِ عَامِلَةٌ. قَالَهُ الْبَاجِيُّ وَغَيْرُهُ عَنْ الْمَذْهَبِ.

ابْنُ رُشْدٍ: اتِّفَاقًا قُلْت فِي سَمَاعِ أَصْبَغَ ابْنَ الْقَاسِمِ فِي الشَّهَادَةِ: إِنَّمَا تَجُوزُ فِيهَا عَلَى السَّمَاعِ. اهـ.

وَإِنْ تَكُنْ قَدْ خَالَعَتْ وَأَثْبَتَتْ ... إِضْرَارَهُ فَفِي اخْتِلَاعٍ رَجَعَتْ

وَبِالْيَمِينِ النَّصُّ فِي الْمُدَوَّنَهْ ... وَقَالَ قَوْمٌ مَا الْيَمِينُ بَيِّنَهْ

يَعْنِي أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا خَالَعَتْ زَوْجَهَا بِأَنْ أَعْطَتْهُ شَيْئًا عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا فَطَلَّقَهَا، ثُمَّ أَثْبَتَتْ أَنَّهُ كَانَ يَضُرُّ بِهَا إِلَى أَنْ خَالَعَتْهُ تَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا أَعْطَتْهُ وَالْخُلْعُ لَازِمٌ.

وَفِي الطُّرَرِ: وَتَحْلِفُ أَنَّهَا إِنَّمَا أَسْقَطَتْ ذَلِكَ لِلْإِضْرَارِ، ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ فَتْحُونٍ، وَفِي وَثَائِقِهِ نَقَلَهُ الشَّارِحُ وَانْظُرْهُ مَعَ نَقْلِ الْمَوَّاقِ ذَلِكَ عَنْ الْمُدَوَّنَةِ وَحِكَايَةِ الْخِلَافِ فِي الْيَمِينِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَوْ خَالَعَتْهُ لِظُلْمِهِ أَوْ ضَرَرِهِ، فَلَهَا اسْتِرْجَاعُهُ وَيَنْفُذُ الطَّلَاقُ[1].

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٩.

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي إِذَا خَالَعَتْهُ ثُمَّ ادَّعَتْ أَنَّهَا إِنَّمَا خَالَعَتْهُ لِظُلْمِهِ لَهَا فِي بَدَنِهَا، أَوْ لِضَرَرِهِ بِهَا كَمَا لَوْ كَانَ يَمْنَعُهَا مِنْ زِيَارَةِ وَالِدَيْهَا عَلَى أَنَّ الظُّلْمَ وَالضَّرَرَ كَمَا كَالْمُتَرَادِفِينَ، فَإِنْ أَثْبَتَتْ ذَلِكَ فَلَهَا اسْتِرْجَاعُ مَالِهَا وَيَنْفُذُ الطَّلَاقُ بَائِنًا؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى شَرَطَ فِي حِلِّيَّةِ مَا تَدْفَعُهُ أَنْ يَكُونَ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ، فَقَالَ عَزَّ مَنْ قَائِلٍ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَيْسَ مِنْ الْإِضْرَارِ الْبُغْضُ لَهَا، وَإِنَّمَا الْأَذَى بِضَرْبٍ أَوْ إِيصَالِ شَتْمٍ فِي غَيْرِ حَقٍّ، أَوْ أَخْذِ مَالٍ أَوْ الْمُشَاوِرَةِ(١).

مَالِكٌ: وَلَيْسَ عِنْدَنَا فِي قِلَّةِ الضَّرَرِ وَكَثْرَتِهِ شَيْءٌ مَعْرُوفٌ.

وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ فِيمَنْ عَلِمَ مِنْ امْرَأَتِهِ الزِّنَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَارَّهَا حَتَّى تَفْتَدِيَ(٢).

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي النَّاشِزِ تَقُولُ: لَا أُصَلِّي وَلَا أَصُومُ وَلَا أَغْتَسِلُ مِنْ جَنَابَةٍ لَا يُجْبَرُ عَلَى فِرَاقِهَا إِنْ شَاءَ فَارَقَهَا وَحَلَّ لَهُ مَا افْتَدَتْ بِهِ(٣).

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَلَهُ أَنْ يُؤَدِّبَهَا عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ وَيُمْسِكَهَا(٤).

قَالَ فِي الْمُقَدِّمَاتِ: وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُضَيِّقَ عَلَيْهَا، وَإِنْ أَتَتْ بِفَاحِشَةٍ مِنْ زِنًا أَوْ نُشُوزٍ أَوْ فِرَارٍ قَالَ، وَلَا خِلَافَ بَيْنَ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ فِي ذَلِكَ، وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْمُضَارَّةُ فِي تَرْكِ الصَّلَاةِ حَتَّى تُخَالِعَهُ. انْتَهَى بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: وَلَمْ يَضُرَّهَا مَا عَقَدَتْ عَلَى نَفْسِهَا مِنْ أَنَّهَا فَعَلَتْ ذَلِكَ طَيِّبَةَ النَّفْسِ، وَلَا إِسْقَاطُهَا الْبَيِّنَاتِ الْمُسْتَرْعَاةَ، وَثُبُوتُ الْإِكْرَاهِ يُسْقِطُ ذَلِكَ عَنْهَا. اهـ.

التَّوْضِيحُ: وَإِنْ اعْتَرَفَتْ فِي عَقْدِ الْخُلْعِ بِالطَّوْعِ وَكَانَتْ اسْتَرْعَتْ، فَلَهَا الرُّجُوعُ بِالْإِنْفَاقِ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ تَسْتَرْعِ وَقَامَتْ لَهَا بَيِّنَةٌ لَمْ تَكُنْ عَلِمَتْ بِهَا، وَأَمَّا إِنْ عَلِمَتْ بِهَا فَفِيهِ نَظَرٌ، وَالَّذِي قَالَهُ ابْنُ الْهِنْدِيِّ وَابْنُ الْعَطَّارِ وَغَيْرُهُمَا أَنَّ لَهَا الرُّجُوعَ وَلَا يَضُرُّهَا ذَلِكَ، وَلَا يَضُرُّهَا أَيْضًا إِسْقَاطُ الْبَيِّنَاتِ الْمُسْتَرْعَاةِ وَغَيْرُهَا وَهُوَ أَصْوَبُ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ بِهَا يَحْمِلُهَا

---

(١) مواهب الجليل ٥/٢٩٣.

(٢) مواهب الجليل ٥/٢٩٣.

(٣) التاج والإكليل ٣/٤١٨.

(٤) البيان والتحصيل ٥/٢٥٦.

عَلَى أَنْ تَعْتَرِفَ بِالطَّوْعِ.

(فَرْعٌ) وَإِنْ خَالَعَهَا وَأَخَذَ مِنْهَا حَمِيلاً بِالدَّرَكِ، فَقَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ: إِذَا أُثْبِتَ الضَّرَرُ لَا تَسْقُطُ التَّبَاعَاتُ عَنْ الْحَمِيلِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكْرَهٍ، وَقَدْ أُدْخِلَ الزَّوْجُ فِي زَوَالِ الْعِصْمَةِ، وَلَا يَرْجِعُ الْحَمِيلُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ بَعْضُ فُقَهَائِنَا الصَّقَلِّيِّينَ، وَذَكَرَ ابْنُ يُونُسَ خِلَافًا فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْقَرَوِيِّينَ، وَأَنَّ مِنْهُمْ مِنْ يَقُولُ هَكَذَا، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ إِذَا أَثْبَتَتْ الْمَرْأَةُ الضَّرَرَ يَسْقُطُ الطَّلَبُ عَنْ الْحَمِيلِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَقَطَ الْمَالُ عَنْ الْأَصْلِ تَسْقُطُ عَنْ الْحَمِيلِ الْمُطَالَبَةُ. انْتَهَى.

كَذَا إِذَا عَدْلٌ بِالْإِضْرَارِ شَهِدْ ... فَالرَّدُّ لِلْخُلْعِ مَعَ الْحَلْفِ اعْتَمِدْ

لِأَنَّ ذَاكَ رَاجِعٌ لِلْمَالِ ... وَفُرْقَةٌ تَمْضِي بِكُلِّ حَالِ

يَعْنِي أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ الضَّرَرُ بِعَدْلَيْنِ وَلَا بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ، وَإِنَّمَا شَهِدَ بِهِ عَدْلٌ وَاحِدٌ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ تَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ وَيَرُدُّ الزَّوْجُ الْمَالَ؛ لِأَنَّ النِّزَاعَ فِي الْمَالِ، وَهُوَ يَثْبُتُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَيَمْضِي، وَكَذَلِكَ إِذَا ثَبَتَ الضَّرَرُ بِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ وَامْرَأَتَانِ بِالضَّرَرِ حَلَفَتْ وَاسْتَرْجَعَتْهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَى مَالٍ[1]. وَقَالَ قَبْلَهُ: وَيَنْفُذُ الطَّلَاقُ.

ابْنُ الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيُّ: وَإِنْ قَامَ لَهَا بَعْدَ الْخُلْعِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ بِالضَّرَرِ حَلَفَتْ مَعَهُ وَاسْتَحَقَّتْ الرُّجُوعَ.

وَفِي تَهْذِيبِ الطَّالِبِ: إِذَا شَهِدَ امْرَأَتَانِ بَعْدَ الْخُلْعِ عَلَى أَنَّهَا خَالَعَتْهُ لِأَجْلِ الضَّرَرِ حَلَفَتْ وَرَدَّ مَا أَعْطَتْهُ. اهـ.

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: وَبِيَمِينِهَا مَعَ شَاهِدٍ أَوْ امْرَأَتَيْنِ. بَعْدَ قَوْلِهِ: وَرُدَّ الْمَالُ بِشَهَادَةِ سَمَاعٍ عَلَى الضَّرَرِ[2].

وَحَيْثُمَا الزَّوْجَةُ تُثْبِتُ الضَّرَرْ ... وَلَمْ يَكُنْ لَهَا بِهِ شَرْطٌ صَدَرْ

قِيلَ لَهَا الطَّلَاقُ كَالْمُلْتَزَمِ ... وَقِيلَ بَعْدَ رَفْعِهِ لِلْحَكَمِ

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٩.

(٢) مختصر خليل ص ١١٣.

وَبِـــالطَّلَاقِ إنْ يَعُـــدْ قَـــضَاؤُهُ وَيَزْجُـــرَ الْقَـــاضِي بِـــمَا يَـــشَاؤُهُ

تَقَدَّمَ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: «وَمَا يُنَافِي الْعَقْدَ لَيْسَ يُجْعَلُ شَرْطًا...» الْبَيْتَ. أَنَّ الشُّرُوطَ فِي النِّكَاحِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: أَحَدُهَا: مَا لَا يُنَاقِضُ الْعَقْدَ بَلْ يَقْتَضِيه، وَمِنْ مِثْلِهِ شَرْطُ أَنْ لَا يَضْرِبَهَا، وَوُجُودُ مِثْلِ هَذَا الشَّرْطِ وَعَدَمُهُ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّهُ يُحْكَمُ بِهِ ذُكِرَ أَوْ تُرِكَ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ أَثَرُ اشْتِرَاطِهِ فِيمَا إذَا أَثْبَتَتْ الضَّرَرَ، فَإِنْ كَانَ شَرْطًا فِي الْعَقْدِ فَلَهَا تَطْلِيقُ نَفْسِهَا مِنْ غَيْرِ رَفْعٍ لِلْحَكَمِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ النَّاظِمُ لِهَذَا، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ مَفْهُومِ كَلَامِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَرْطًا فَفِي افْتِقَارِ تَطْلِيقِهَا نَفْسَهَا لِلرَّفْعِ لِلْحَاكِمِ وَعَدَمِ افْتِقَارِهِ قَوْلَانِ: قِيلَ: لَهَا ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ رَفْعٍ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَتْهُ فِي عَقْدِ نِكَاحِهَا، وَقِيلَ: لَا تُطَلِّقُ نَفْسَهَا إلَّا بَعْدَ الرَّفْعِ لِلْحَاكِمِ، وَعَلَى ذَلِكَ -أَعْنِي حَيْثُ لَمْ يَكُنْ شَرْطًا- نَبَّهَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ.

وَعَلَى أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ الرَّفْعِ لِلْقَاضِي، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَزْجُرَهُ ابْتِدَاءً بِمَا يَقْتَضِيه اجْتِهَادُهُ مِنْ تَوْبِيخٍ أَوْ سِجْنٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنْ عَادَ لِمُضَارَّتِهَا قَضَى عَلَيْهِ بِالطَّلَاقِ، وَعَنْ ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّالِثِ، فَقَوْلُهُ: «وَيَزْجُرَ» بِالنَّصْبِ عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ: «رَفْعِهِ لِلْحَاكِمِ» مِنْ بَابِ قَوْلِهِ: وَإِنْ عَلَى اسْمٍ خَالِصٍ فِعْلاً عُطِفْ؛ أَيْ قِيلَ: إنَّمَا تُطَلِّقُ نَفْسَهَا بَعْدَ الرَّفْعِ وَالزَّجْرِ مَعًا، فَإِنْ عَادَ لِإِضْرَارِهَا طَلُقَتْ عَلَيْهِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ الْجُزَيْرِيُّ: بَعْدَ وَثِيقَةِ الِاسْتِرْعَاءِ بِالضَّرَرِ إذَا ثَبَتَ هَذَا الْعَقْدُ وَجَبَ لِلْمَرْأَةِ الْأَخْذُ بِشَرْطِهَا بَعْدَ الْإِعْذَارِ لِلزَّوْجِ، وَاخْتُلِفَ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَرْطٌ فَقِيلَ: لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا كَالَّتِي لَهَا شَرْطٌ. وَقِيلَ: لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ، وَإِنَّمَا تَرْفَعُ أَمْرَهَا إلَى السُّلْطَانِ فَيَزْجُرُهُ، وَلَا يُطَلِّقُ عَلَيْهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، فَإِنْ تَكَرَّرَ ضَرَرُهُ طَلَّقَ عَلَيْهِ. اهـ.

وَاسْتَشْكَلَ الشَّارِحُ هَذَا الْقَوْلَ بِفَوَاتِ الْإِعْذَارِ لِلزَّوْجِ وَافْتِيَاتِ الزَّوْجَةِ بِالطَّلَاقِ، وَقَدْ سُئِلَ الْقَاضِي أَبُو الْعَبَّاسِ أَحْمَدُ الْقَبَّابُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَهِيَ إذَا أَثْبَتَتْ الضَّرَرَ غَيْرُ ذَاتِ الشَّرْطِ وَعَجَزَ الزَّوْجُ عَنْ الْمَدْفَعِ وَهَجَمَتْ الزَّوْجَةُ فَأَوْقَعَتْ الطَّلَاقَ، هَلْ يَنْفُذُ وَتَمْلِكُ بِهِ نَفْسَهَا؟ وَفِي جَوَابِهِ: إنَّ الْقَاضِيَ يَجْعَلُ لَهَا تَطْلِيقَ نَفْسِهَا مَعَ الشَّرْطِ وَعَدَمِهِ، فَإِنْ جَعَلَهُ لَهَا مَعَ الشَّرْطِ فَالطَّلَاقُ، وَكَذَا مَعَ عَدَمِهِ إذَا جُعِلَ لَهَا تَطْلِيقٌ، فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْهُ لَهَا وَهَجَمَتْ بِإِيقَاعِ الطَّلَاقِ قَبْلَ جَعْلِ الْقَاضِي ذَلِكَ بِيَدِهِ، فَهَذَا مَحَلُّ النَّظَرِ. أُنْظُرْ تَمَامَ كَلَامِهِ إنْ شِئْت، وَنَقَلَ هَذَا السُّؤَالَ وَجَوَابَهُ سَيِّدِي أَحْمَد الْوَنْشَرِيسِيُّ فِي آخِرِ تَأْلِيفِهِ

المُسَمَّى بِالْفَائِقِ فِي أَحْكَامِ الْوَثَائِقِ، وَهُوَ الْفَرْعُ الْخَامِسُ وَالثَّلاَثُونَ وَالمِائَتَانِ. اهـ.

وَإِنْ ثُبُوتُ ضَرَرٍ تَعَذَّرَ ... لِزَوْجَةٍ وَرَفْعُهَا تَكَرَّرَا

فَالْحَكَمَانِ بَعْدُ يُبْعَثَانِ ... بَيْنَهُمَا بِمُقْتَضَى الْقُرْآنِ

إنْ وُجِدَا عَدْلَيْنِ مِنْ أَهْلِهِمَا ... وَالْبَعْثُ مِنْ غَيْرِهِمْ إنْ عُدِمَا

وَمَا بِهِ قَدْ حَكَمَا يَمْضِي وَلَا ... إعْذَارَ لِلزَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلاَ

يَعْنِي أَنَّ المَرْأَةَ إذَا ادَّعَتْ أَنَّ زَوْجَهَا يَضْرِبُهَا، وَتَكَرَّرَ رَفْعُ شَكْوَاهَا بِهِ لِلْقَاضِي، وَتَعَذَّرَ عَلَيْهَا إثْبَاتُ ذَلِكَ الضَّرَرِ، فَإِنَّ الشَّأْنَ فِي ذَلِكَ أَنْ يَبْعَثَ الْقَاضِي لَهُمَا حَكَمَيْنِ عَدْلَيْنِ، حَكَمًا مِنْ أَهْله وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنَّ وُجِدَا، وَإِنْ لَمْ يُوجَدَا فَمِنْ غَيْرِ أَهْلِهِمَا، فَيَخْتَبِرَانِ أَمْرَهُمَا وَيَدْعُوَانِهِمَا لِلصُّلْحِ، فَإِنْ رَجَعَا إلَيْهِ فَبِهَا وَنِعْمَتْ، وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بِخُلْعٍ أَوْ بِغَيْرِ خُلْعٍ أَوْ ائْتَمَنَاهُ عَلَيْهَا، كُلُّ ذَلِكَ بِحَسَبِ مَا ظَهَرَ لَهُمَا وَأَدَّاهُ إلَيْهِ اجْتِهَادُهُمَا، وَمَا حَكَمَ بِهِ الْحَكَمَانِ عَلَى الزَّوْجَيْنِ مَاضٍ، وَلَا إعْذَارَ فِيهِ لِلزَّوْجَيْنِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ الْآيَة [النساء: ٣٥].

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَإِذَا نَشَزَتْ وَعَظَهَا، ثُمَّ هَجَرَهَا، ثُمَّ ضَرَبَهَا ضَرْبًا غَيْرَ مَخُوفٍ، فَإِنْ ظَنَّ أَنَّهُ لَا يُفِيدُ لَمْ يَجُزْ ضَرْبُهَا أَصْلاً، فَإِنْ كَانَ الْعُدْوَانُ مِنْهُ زُجِرَ عَنْهُ(١).

التَّوْضِيحُ: أَيْ زَجَرَهُ الْحَاكِمُ، وَأَمَّا إنْ كَانَ الْعُدْوَانُ مِنْهَا، فَإِنْ رَجَا الْحَاكِمُ إصْلاَحًا بِزَجْرِ الزَّوْجِ كَمَا تَقَدَّمَ وَإِلَّا زَجَرَهَا هُوَ، وَإِنْ كَانَ الْعُدْوَانُ مِنْهُمَا مَعًا فَإِنَّ الْإِمَامَ يَزْجُرُهُمَا.

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَإِنْ أَشْكَلَ وَلَا بَيِّنَةَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْإِصْلاَحِ، أَقَامَ الْحَاكِمُ أَوْ الزَّوْجَانِ أَوْ مَنْ يَلِي عَلَيْهِمَا حَكَمَيْنِ ذَكَرَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ فَقِيهَيْنِ بِذَلِكَ، حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَمِنْ غَيْرِهِمَا، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَا جَارَيْنِ، وَهُمَا حَكَمَانِ لَا وَكِيلاَنِ عَلَى الْأَصَحِّ، فَيَنْفُذُ طَلاَقُهُمَا مِنْ غَيْرِ إذْنِ الزَّوْجِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ، وَعَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرَا، فَإِنْ كَانَ الْمُسِيءُ الزَّوْجَ فَرَّقَا بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةَ

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٧.

ائْتَمَنَاهُ عَلَيْهَا أَوْ خَالَعَا لَهُ بِنَظَرِهِمَا، وَإِنْ كَانَتْ مِنْهُمَا خَالَعَا لَهُ بِمَا يَخِفُّ فِي نَظَرِهِمَا. اهـ[١].

فَقَوْلُ ابْنِ الْحَاجِبِ: فَإِنْ أَشْكَلَ وَلَا بَيِّنَةَ. هِيَ مَسْأَلَةُ النَّاظِمِ.

التَّوْضِيحُ: قَوْلُهُ: وَلَا بَيِّنَةَ. لِأَنَّهَا إِنْ قَامَتْ لَهَا بَيِّنَةٌ أَنْ يَضْرِبَهَا كَانَ لَهَا أَنْ تُفَارِقَ، فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ إِضْرَارَ صَاحِبِهِ زُجِرَا مَعًا، فَإِنْ تَكَرَّرَ تَرْدَادُهُمَا، أَمَرَهُ الْقَاضِي أَنْ يُسْكِنَهَا بَيْنَ قَوْمٍ صَالِحِينَ وَكَلَّفَهُمْ تَفَقُّدَ خَبَرِهِمَا. اهـ.

يَعْنِي ثُمَّ يَنْظُرُ، فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ الْإِسَاءَةُ مِنْهُ أَوْ مِنْهَا أَوْ مِنْهُمَا أُجْرِي عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَاللهُ أَعْلَمُ، وَقَوْلُ النَّاظِمِ يَمْضِي وَلَا إِعْذَارَ لِلزَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلَا.

قَالَ فِي الْمُقَدِّمَاتِ: وَحُكْمُ الْحَاكِمِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ لَا إِعْذَارَ فِيهِ لِأَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَحْكُمَانِ بِالشَّهَادَةِ الْقَاطِعَةِ، وَإِنَّمَا يَحْكُمَانِ بِمَا خَلَصَ إِلَيْهِمَا مَنْ عِلْمِ أَحْوَالِهِمَا بَعْدَ النَّظَرِ وَالْكَشْفِ. اهـ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٧.

فصل في الرضاع

ابْنُ عَرَفَةَ: الرَّضَاعُ عُرْفًا: وُصُولُ لَبَنِ آدَمِيٍّ لِمَحِلِّ مَظِنَّةَ غِذَاءٍ آخَرَ. ثُمَّ قَالَ: لِتَحْرِيمِهِمْ بِالسُّعُوطِ وَالحُقْنَةِ، وَلَا دَلِيلَ إِلَّا مُسَمَّى الرَّضَاعِ، وَيُقَالُ: الرَّضَاعُ -بِفَتْحِ الرَّاءِ وَكَسْرِهَا-، وَكَذَا الرَّضَاعَةُ وَالرِّضَاعَةُ، وَيُقَالُ: رَضَعَ رَضْعًا وَهُوَ قِيَاسٌ، وَيُقَالُ: أَرْضَعْت إِرْضَاعًا.

الجَوْهَرِيُّ: وَيُقَالُ: رَضِعَ الصَّبِيُّ أُمَّه يَرْضَعُهَا رَضَاعًا، مِثْلُ سَمِعَ يَسْمَعُ سَمَاعًا، وَأَهْلُ نَجْدٍ يَقُولُونَ: رَضَعَ يَرْضِعُ رَضْعًا، مِثْلُ ضَرَبَ يَضْرِبُ ضَرْبًا[(١)].

عِيَاضٌ: وَأَرْضَعَتْهُ أُمُّهُ، وَامْرَأَةٌ مُرْضِعٌ أَيْ لَهَا وَلَدٌ تَرْضِعُهُ، فَإِنْ وَصَفْتَهَا بِإِرْضَاعِ الْوَلَدِ قُلْتُ مُرْضِعَةً[(٢)].

قَالَ فِي الْكَافِيَةِ:

وَمَا مِنْ الصِّفَاتِ بِالْأُنْثَى يَخُصْ ... عَنْ تَاءٍ اسْتَغْنَى لِأَنَّ اللَّفْظَ نَصْ

وَحَيْثُ مَعْنَى الْفِعْلِ يَنْوِي التَّاءَ زِدْ ... كَذِي غَدَتْ مُرْضِعَةً طِفْلاً وُلِدْ

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ إِذَا أُرِيدَ أَنَّهَا تُرْضِعُ بِالْقُوَّةِ فَيُجَرَّدُ مِنْ التَّاءِ، وَإِنْ أُرِيدَ أَنَّهَا تُرْضِعُ بِالْفِعْلِ فَتَثْبُتُ التَّاءُ.

التَّوْضِيحُ: وَذَكَرَ أَهْلُ اللُّغَةِ أَنَّهُ لا يُقَالُ فِي لَبَنِ بَنَاتِ آدَمَ لَبَنٌ، وَإِنَّمَا يُقَالُ فِيهِ: لِبَانٌ. وَاللَّبَنُ لِسَائِرِ الْحَيَوَانِ غَيْرِهِنَّ، وَجَاءَ فِي الْحَدِيثِ كَثِيرًا خِلَافُ قَوْلِهِمْ. اهـ.

وَكُلُّ مَنْ تَحْرُمُ شَرْعًا بِالنَّسَبْ ... فَمِثْلُهَا مِنْ الرَّضَاعِ يُجْتَنَبْ

يَعْنِي أَنَّ كُلَّ امْرَأَةٍ حَرَّمَهَا الشَّرْعُ بِالنَّسَبِ كَالْأُمِّ وَالْبِنْتِ وَنَحْوِهِمَا، فَإِنَّ مِثْلَهَا مِنْ الرَّضَاعِ حَرَامٌ أَيْضًا، وَعَنْ حُرْمَتِهَا عَبَّرَ بِيجْتَنِبُ؛ لِأَنَّ الْحَرَامَ يَجِبُ اجْتِنَابُهُ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]. وَقَوْله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ». رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَغَيْرُهَا[(٣)].

---

(١) الصحاح للجوهري ٣/ ١٢٢٠.

(٢) بلغة السالك ٢/ ٤٧٠.

(٣) صحيح البخاري (كتاب: الشهادات/باب: الشهادة على الرضاع المستفيض والموت/حديث رقم:=

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَالْمُحَرَّمَاتُ مِنَ النَّسَبِ سَبْعٌ: الْأُمَّهَاتُ وَالْبَنَاتُ وَالْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ، فَإِنَّ الرَّضَاعَ كَالنَّسَبِ، فَأُمُّك كُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْك بِوَاسِطَةٍ أَوْ بِغَيْرِهَا، وَأُمَّهَاتُهَا، وَبِنْتُك كُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْهَا زَوْجَتُكَ بِلَبَنِك، أَوْ أَرْضَعَتْهَا ابْنَتُك مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ.

قُلْت: وَكَذَا كُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْهَا زَوْجَةُ ابْنِك مِنْ النَّسَبِ أَوْ رَضَاعٍ.

التَّوْضِيحُ: وَإِخْوَتُكَ كُلُّ مَنْ وَلَدَتْهُ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ وَلَدٌ لِفَحْلِهَا.

قُلْت: وَكَذَا مَنْ أَرْضَعَهَا مَنْ أَرْضَعَتْك.

التَّوْضِيحُ: فَإِنْ أَتَى مِنْ أُمِّك وَفَحْلِهَا وَلَدٌ، فَهُوَ أَخٌ شَقِيقٌ مِنْ الرَّضَاعِ، وَإِنْ وُلِدَ لِأُمِّك مِنْ غَيْرِ ذَلِكَ الْفَحْلِ فَهُوَ أَخٌ لِأُمِّك، وَإِنْ وُلِدَ لِأَبِيك مِنْ غَيْرِ أُمِّك إمَّا مِنْ زَوْجَةٍ أُخْرَى أَوْ سُرِّيَّةٍ فَهُوَ أَخُوك لِأَبِيك، وَأَخَوَاتُ الْفَحْلِ عَمَّاتٌ لِلرَّضَاعِ، وأَخَوَاتُ أُمِّ الرَّضِيعِ خَالَاتٌ لَهُ، وَلَا يَخْفَى عَلَيْك بَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ. اهـ.

وَكَذَا يَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالصِّهْرِ، كَزَوْجَةِ الْأَبِ مِنْ الرَّضَاعِ، وَزَوْجَةِ الِابْنِ مِنْ الرَّضَاعِ، وَكَذَا أُمِّ الزَّوْجَةِ مِنْ الرَّضَاعِ، أَيْ مَنْ أَرْضَعَتْ زَوْجَتَك، رَاجِعْ تَفْسِيرَ ابْنِ جُزَيٍّ وَالْكَوَاشِيِّ[1]، وَكَذَا يُحَرَّمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ مِنْ الرَّضَاعِ.

ابْنُ سَلْمُونٍ: وَالرَّضَاعُ كَالنَّسَبِ، فَيَحْرُمُ مِنْهُ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ، إذَا أَرْضَعَتْ امْرَأَةٌ صَبِيًّا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ جَمِيعُ بَنَاتِهَا الَّتِي أَرْضَعَتْهُنَّ قَبْلَهُ أَوْ مَعَهُ أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُنَّ أَخَوَاتُهُ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ قَرَابَتِهَاهُمْ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَةِ أُمِّهِ مِنْ النَّسَبِ، وَصَاحِبُ اللَّبَنِ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِ، يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَخَوَاتُهُ لِأَنَّهُنَّ عَمَّاتُهُ، وَأُمُّهُ لِأَنَّهَا جَدَّتُهُ، وَبَنَاتُهُ وَإِنْ كُنَّ مِنْ غَيْرِ تِلْكَ الْمَرْأَةِ الْمُرْضِعَةِ؛ لِأَنَّهُنَّ أَخَوَاتٌ لِأَبِيهِ، وَكَذَا سَائِرُ قَرَابَتِهِ هُمْ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَةِ أَبِيهِ مِنْ النَّسَبِ، وَقِسْ عَلَى ذَلِكَ، وَجَوَّزَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَخُو الطِّفْلِ الْمُرْضَعِ مِنْ النَّسَبِ أُخْتَهُ وَأُمَّهُ مِنْ الرَّضَاعِ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ، وَإِنَّمَا يُقَدَّرُ الطِّفْلُ الْمُرْضَعُ خَاصَّةً وَلَدًا لِصَاحِبَةِ

=٢٦٤٥) وصحيح مسلم (كتاب: الرضاع/باب: تحريم ابنة الأخ من الرضاعة/حديث رقم: ١٤٤٧).

(١) أحمد بن يوسف بن الحسن بن رافع بن الحسين بن سويدان الشيباني الموصلي، موفق الدين، أبو العباس الكواشي، عالم بالتفسير، من فقهاء الشافعية، من أهل الموصل، ولد عام ٥٩٠ هـ، من كتبه (تبصرة المتذكر) في تفسير القرآن، و(كشف الحقائق) ويعرف بتفسير الكواشي. و(تلخيص في تفسير القرآن العزيز)، نسبته إلى كواشة (أو كواشى) قلعة بالموصل، كف بصره بعد بلوغه السبعين، وتوفي عام ٦٨٠ هـ. انظر: النجوم الزاهرة ٣٤٨/٧، ونكت الهميان ١١٦، ومعجم المؤلفين ٢٠٩/٢.

اللَّبَنِ وَلِصَاحِبِهِ، وَالرَّضَاعُ الَّذِي يُحَرِّمُ هُوَ مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ وَمَا قَارَبَهُمَا كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ، فَإِنْ فُطِمَ فِي نَفْسِ الْحَوْلَيْنِ أَوْ بَعْدَهُمَا وَاسْتَغْنَى بِالطَّعَامِ، ثُمَّ وَقَعَ الرَّضَاعُ بَعْدَ ذَلِكَ فَلاَ يُحَرِّمُ. اهـ(١).

ابْنُ الْحَاجِبِ: يَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ، فَيُقَدَّرُ الطِّفْلُ خَاصَّةً وَلَدًا لِصَاحِبِهِ اللَّبَنِ وَلِصَاحِبِهِ إِنْ كَانَ، فَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَخُوهُ نَسَبًا أُخْتَهُ وَأُمَّهُ مِنَ الرَّضَاعِ(٢).

ابْنُ الْعَطَّارِ: وَتَفْسِيرُ مَا يَحْرُمُ وَيَحِلُّ مِنْ ذَلِكَ أَنْ تَنْظُرَ، فَإِنْ كَانَ الْخَاطِبُ لَمْ يَرْضَعْ أُمَّ الْمَخْطُوبَةِ وَلَا رَضَعَتْ الْمَخْطُوبَةُ أُمَّهُ وَلَا أَرْضَعَتْهُمَا امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمًّا لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا أُرْضِعَا لَبَنَ فَحْلٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْمَرَاضِعُ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِرَجُلٍ امْرَأَتَانِ فَتُرْضِعُ وَاحِدَةٌ صَبِيًّا وَالْأُخْرَى صَبِيَّةً، فَلاَ يَتَنَاكَحَانِ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلاَ بَأْسَ فِي قَوْلِ مَالِكٍ. اهـ. مِنْ الْمَوَّاقِ(٣).

قُلْت: وَهَذَا الضَّابِطُ إِنَّمَا يَشْمَلُ الْأُخْتَ مِنْ الرَّضَاعِ خَاصَّةً دُونَ مَنْ عَدَاهَا مِمَّنْ يُحَرِّمُ الرَّضَاعُ بِتَحْرِيمِ نَظِيرِهِ مِنْ النَّسَبِ.

(تَنْبِيهٌ) ابْنُ عَرَفَةَ: قَالَ تَقِيُّ الدِّينِ: يُسْتَثْنَى مِنْ عُمُومِ قَوْلِهِ ﷺ: «يَحْرُمُ مِنْ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ» جُمْلَةُ نِسْوَةٍ، وَيَحْرُمْنَ مِنْ النَّسَبِ، وَقَدْ لَا يَحْرُمْنَ مِنْ الرَّضَاعِ:

الْأُولَى: أُمُّ أَخِيك وَأُخْتِك مِنْ النَّسَبِ هِيَ أُمُّك، أَوْ زَوْجَةُ أَبِيك، كِلْتَاهُمَا حَرَامٌ عَلَيْك بِخِلاَفِ مُرْضِعَةِ أَخِيك أَوْ أُخْتِك.

الثَّانِيَةُ: أُمُّ وَلَدِ وَلَدِك هِيَ مِنْ النَّسَبِ حَلِيلَةُ وَلَدِك بِخِلاَفِ مُرْضِعَةِ وَلَدِ وَلَدِك، وَكَذَلِكَ جَدَّةُ وَلَدِك هِيَ مِنْ النَّسَبِ أُمُّك أَوْ أُمُّ زَوْجَتِك، كِلْتَاهُمَا حَرَامٌ عَلَيْك بِخِلاَفِ

---

(١) فتح العلي المالك ٣/٤٠٩، ولتحريم الرضاع ستة شروط: أحدها: وصول اللبن من المرضعة إلى حلق الرضيع أو جوفه من أي المنافذ كان من فم أو سعوط، كان بإرضاع أو وجور قليلاً أو كثيرًا. والثاني: أن يكون من أنثى بكرًا كانت أو ثيبًا موطوءة أو غير موطوءة، فأما لو در لبن فأرضع به طفلاً لم يحرم به تحريم الرضاع. والثالث: أن ذلك مقصور على الآدميات لو ارتضع طفلان من لبن بهيمة لم يثبت بينهما إخوة الرضاع. والرابع: أن يكون في الحولين أو زيادة عليها بالأيام اليسيرة دون ما زاد على ذلك. والخامس: أن يكون المرضع محتاجًا إلى اللبن، فأما لو فصل قبل الحولين واستغنى بالطعام مدة بينة ثم أرضع لم يحرم وإن كان في الحولين. والسادس: أن يكون إما منفردًا بنفسه وإما مختلطًا بما لم يستهلك فيه. انظر: التلقين للقاضي عبد الوهاب ١/١٣٩- ١٤٠.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٣٠.

(٣) التاج والإكليل ٤/١٧٩.

مُرْضِعَةِ وَلَدِك، وَكَذَلِكَ أُخْتُ وَلَدِك هِيَ مِنْ النَّسَبِ بِنْتُك أَوْ رَبِيبَتُك، كِلْتَاهُمَا حَرَامٌ عَلَيْك بِخِلَافِ أُخْتِ وَلَدِك مِنْ الرَّضَاعِ، وَكَذَلِكَ أُمُّ خَالِك وَخَالَتِك وَأُمُّ عَمِّك وَعَمَّتِك هِيَ مِنْ النَّسَبِ جَدَّتُك لِلأُمِّ أَوْ حَلِيلَةُ وَالِدِ أُمِّك، كِلْتَاهُمَا حَرَامٌ عَلَيْك بِخِلَافِهِمَا مِنْ الرَّضَاعِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: هَذَا مِنْ تَقِيِّ الدِّينِ مَعَ جَلَالَةِ قَدْرِهِ وَحُلُولِهِ بِالْمَنْزِلَةِ الرَّفِيعَةِ فِي الْأُصُولِ وَالْفُرُوعِ غَلَطٌ وَاضِحٌ؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مِنْ الْعَامِّ بِغَيْرِ أَدَاتِهِ وَهُوَ التَّخْصِيصُ إنَّمَا هُوَ فِيمَا انْدَرَجَ تَحْتَ الْعَامِّ فِيمَا لَمْ يَنْدَرِجْ تَحْتَهُ، وَالْعَامُّ فِي مَسْأَلَتِنَا هُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ» وَالنِّسْوَةُ الْمَذْكُورَاتُ الْمُدَّعَى تَخْصِيصُ الْعَامِّ الْمَذْكُورِ بِهِنَّ لَا شَيْءَ مِنْهُنَّ مُنْدَرِجٌ تَحْتَ مَا يَحْرُمُ مِنْ النَّسَبِ بِحَالٍ، وَلَا أَعْلَمُ مَنْ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسَائِلَ عَلَى أَنَّهَا مُخَصِّصَةٌ لِلْحَدِيثِ كَمَا زَعَمَ، وَإِنَّمَا أَشَارَ ابْنُ رُشْدٍ إلَى بَيَانِ اخْتِلَافِ حُكْمِ مُسَمَّى اللَّفْظِ الْإِضَافِيِّ، أُنْظُرْ الْمُقَدِّمَاتِ.

فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِالرَّضَاعِ ... فَهُوَ إلَى فَسْخِ النِّكَاحِ دَاعِ
وَيَلْزَمُ الصَّدَاقُ بِالْبِنَاءِ ... وَنِصْفُهُ مِنْ قَبْلِ الِابْتِنَاءِ
كَذَاك بِالْإِقْرَارِ مِنْهُمَا مَعَا ... لَا بِاعْتِرَافِ زَوْجَةٍ إنْ وَقَعَا

يَعْنِي أَنَّ مَنْ كَانَ مُتَزَوِّجًا لِامْرَأَةٍ، ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهَا أُخْتُهُ أَوْ بِنْتُ أَخِيهِ مَثَلًا مِنْ الرَّضَاعِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الثُّبُوتُ بِبَيِّنَةٍ، فَالْحُكْمُ ظَاهِرٌ، وَهُوَ أَنَّ النِّكَاحَ يُفْسَخُ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ إنْ كَانَ الْفَسْخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ عَلَى الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدُ فَعَلَيْهِ الصَّدَاقُ كَامِلًا بِالْمَسِيسِ عَلَى قَاعِدَةِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ تُفْسَخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ، وَهَذَا أَعْنِي ثُبُوتَ الرَّضَاعِ بِالْبَيِّنَةِ هُوَ الْآتِي فِي الْبَيْتِ بَعْدَ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ فِي قَوْلِهِ:

وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ بِالْعَدْلَيْنِ ... بِصِحَّةِ الْإِرْضَاعِ شَاهِدَيْنِ

وَإِنَّمَا قَدَّمْتُهُ تَوْطِئَةً لِمَسْأَلَةِ النَّاظِمِ هُنَا، وَهِيَ ثُبُوتُ الرَّضَاعِ بِالْإِقْرَارِ، ثُمَّ الْمُقِرُّ إمَّا أَنْ يَكُونَ الزَّوْجَيْنِ مَعًا، أَوْ الزَّوْجَ فَقَطْ، أَوْ الزَّوْجَةَ فَقَطْ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَإِلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «كَذَاك بِالْإِقْرَارِ مِنْهُمَا مَعَا». فَالتَّشْبِيهُ رَاجِعٌ لِلْحُكْمِ السَّابِقِ، وَهُوَ فَسْخُ النِّكَاحِ فَقَطْ، لَا إلَى مَا وَرَاءَ ذَلِكَ إذَا كَانَ الْإِقْرَارُ مِنْهُمَا مَعًا، فَلَا شَيْءَ فِيهِ لِلزَّوْجَةِ إنْ

فُسِخَ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَفِيهِ الْمُسَمَّى إِنْ فُسِخَ بَعْدَهُ، بِخِلاَفِ إِقْرَارِ الزَّوْجِ الْمَذْكُورِ قَبْلَهُ فَإِنَّهُ كَالطَّلاَقِ.

وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَإِذَا اتَّفَقَ الزَّوْجَانِ عَلَى الرَّضَاعِ فُسِخَ، وَلَا صَدَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَهَا الْمُسَمَّى بَعْدَهُ[١].

التَّوْضِيحُ: وَحَمَلَ ابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ: وَلَهَا الْمُسَمَّى بَعْدَهُ. عَلَى مَا إِذَا لَمْ تَكُنْ عَالِمَةً، قَالَ: وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ عَالِمَةً حِينَ الْعَقْدِ فَيَسْقُطُ جَمِيعُ الْمُسَمَّى إِلَّا رُبْعَ دِينَارٍ، إِنْ لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ حِينَ الْعَقْدِ وَالدُّخُولِ عَالِمًا وَكَانَتْ كَالْغَارَّةِ، قَالُوا: وَلَهَا رُبْعُ دِينَارٍ. اهـ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ لَهَا الْمُسَمَّى عَلَى حَمْلِ ابْنِ عَبْدِ السَّلاَمِ إِذَا لَمْ تَكُنِ الزَّوْجَةُ عَالِمَةً بِالرَّضَاعِ حِينَ الْعَقْدِ، أَمَّا إِنْ عَلِمَتْ فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا رُبْعُ دِينَارٍ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ عَالِمٍ.

ثُمَّ أَشَارَ النَّاظِمُ إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، وَهُوَ مَا إِذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ فَقَطْ بِقَوْلِهِ: «فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِالرَّضَاعِ...». الْبَيْتَيْنِ. وَذَكَرَ أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِ فَسْخُ النِّكَاحِ، فَإِنْ فُسِخَ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَفِيهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، لِتُهْمَةِ أَنْ يَكُونَ إِقْرَارُهُ لِيَسْقُطَ عَنْهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ فُسِخَ بَعْدَهُ فَفِيهِ الْمُسَمَّى كَامِلاً.

وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَإِنِ ادَّعَاهُ فَأَنْكَرَتْ أُخِذَ بِإِقْرَارِهِ وَلَهَا نِصْفُهُ[٢].

التَّوْضِيحُ: أُخِذَ بِإِقْرَارِهِ، أَيْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا لِإِقْرَارِهِ بِذَلِكَ كَالطَّلاَقِ، فَلِذَلِكَ كَانَ لَهَا نِصْفُهُ إِنْ كَانَ إِقْرَارُهُ بِذَلِكَ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَجَمِيعُهُ إِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَهُ. اهـ.

ثُمَّ أَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ، وَهُوَ مَا إِذَا أَقَرَّتِ الزَّوْجَةُ فَقَطْ بِقَوْلِهِ: لَا بِاعْتِرَافِ زَوْجَةٍ إِنْ وَقَعَا؛ أَيْ لَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ بِإِقْرَارِهَا وَحْدَهَا، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: فَإِنِ ادَّعَتْهُ فَأَنْكَرَهُ لَمْ يَنْدَفِعْ، وَلَا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ[٣].

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي إِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُمَا أَخَوَانِ مِنَ الرَّضَاعِ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ ذَلِكَ، لَمْ يُسْمَعْ مِنْهَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا تُتَّهَمُ عَلَى فَسْخِ النِّكَاحِ فَلاَ يُفْسَخُ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ: لَمْ يَنْدَفِعْ وَلَا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ. وَلَا شَيْءَ مِنْهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ لِإِقْرَارِهَا بِفَسَادِ الْعُقْدَةِ. اهـ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٠.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٣٠.

(٣) جامع الأمهات ص ٣٣٠.

يَعْنِي بَعْدَ كَوْنِ النِّكَاحِ لَا يُفْسَخُ، فَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا فَلاَ إِشْكَالَ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الْبِنَاءِ فَلَهَا صَدَاقُهَا، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ فَلاَ شَيْءَ لَهَا لِإِقْرَارِهَا بِفَسَادِ الْعُقْدَةِ، فَيَكُونُ كَالْفَسْخِ قَبْلَ الْبِنَاءِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ فُسِخَ النِّكَاحُ. قَالَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ.

وَفِي الشَّارِحِ فِي سِيَاقِ كَلَامِ الْمُتَيْطِيِّ: وَلَوْ ثَبَتَ إِقْرَارُهُمَا أَوْ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ قَبْلَ النِّكَاحِ، فَإِنَّهُ يُفْسَخُ وَلَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْمَهْرِ شَيْءٌ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ إِنْ وَقَعَ الْفَسْخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُقِرَّ دُونَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِي ذَلِكَ. اهـ.

وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ بِالْعَدْلَيْنِ ... بِصِحَّةِ الْإِرْضَاعِ شَاهِدَيْنِ
وَبِاثْنَتَيْنِ إِنْ يَكُنْ قَوْلُهُمَا ... مِنْ قَبْلِ عَقْدٍ قَدْ فَشَا وَعُلِمَا
وَرَجُلٌ وَامْرَأَةٌ كَذَا وَفِي ... وَاحِدَةٍ خُلْفٌ وَفِي الْأُولَى اُقْتُفِيَ

يَعْنِي أَنَّ النِّكَاحَ يُفْسَخُ إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَدْلَانِ بِصِحَّةِ الرَّضَاعِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَأَنَّهَا مِمَّنْ لَا تَحِلُّ لَهُ، وَكَذَلِكَ يُفْسَخُ بِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ بِذَلِكَ، لَكِنْ إِنْ فَشَا ذَلِكَ وَعُلِمَ وَشَاعَ مِنْ قَوْلِهِمَا قَبْلَ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ.

وَقَوْلُهُ: «وَرَجُلٌ وَامْرَأَةٌ كَذَا». هُوَ مَرْفُوعٌ بِالِابْتِدَاءِ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ، وَالْخَبَرُ الْجَارُّ وَالْمَجْرُورُ بَعْدَهُ، وَالْإِشَارَةُ بِذَا إِلَى شَهَادَةِ الْمَرْأَتَيْنِ؛ أَيْ وَشَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ كَهَذِهِ الشَّهَادَةِ -أَعْنِي شَهَادَةَ الْمَرْأَتَيْنِ- فِي أَنَّ النِّكَاحَ يُفْسَخُ بِهَا مَعَ الْقَيْدِ الْمَذْكُورِ، وَهُوَ كَوْنُ الرَّضَاعِ فَاشِيًّا شَائِعًا قَبْلَ عَقْدِ النِّكَاحِ، فَالتَّشْبِيهُ فِي الْفَسْخِ وَالْفَشْوِ.

ثُمَّ أَشَارَ إِلَى أَنَّ فَسْخَهُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ بِذَلِكَ خِلَافًا يَعْنِي مَعَ الْفَشْوِ أَيْضًا وَذَلِكَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اُشْتُرِطَ فِي صِحَّةِ شَهَادَةِ الْمَرْأَتَيْنِ وَفِي شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، فَأَحْرَى أَنْ يُشْتَرَطَ فِي شَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، وَفُهِمَ مِنْ فَسْخِ النِّكَاحِ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ أَنَّ الرَّضَاعَ يَثْبُتُ بِهَا؛ إِذْ لَوْ لَا ثُبُوتُهُ مَا فُسِخَ النِّكَاحُ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَثْبُتُ الرَّضَاعُ بِشَاهِدَيْنِ وَبِامْرَأَتَيْنِ إِنْ كَانَ فَاشِيًا مِنْ قَوْلِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ، وَإِلَّا لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِثْلُهُمَا[1].

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣١.

التَّوْضِيح: أَيْ: يُشْتَرَطُ الْفَشْوُ عَلَى المَشْهُورِ، وَاخْتَلَفَ الشُّيُوخُ هَلْ تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ مَعَ الْفَشْوِ، أَوْ إِنَّمَا تُشْتَرَطُ مَعَ عَدَمِ الْفَشْوِ عَلَى مَذْهَبَيْنِ، وَإِلَى الثَّانِي ذَهَبَ صَاحِبُ الْبَيَانِ، وَالْأَوَّلُ مُقْتَضَى كَلاَمِ اللَّخْمِيِّ.

ابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ: وَهُوَ ظَاهِرُ إِطْلاَقِهِمْ.

ابْنُ الحَاجِبِ: وَفِي الْوَاحِدَةِ فَاشِيًا مِنْ قَوْلِهَا قَوْلاَنِ(١).

التَّوْضِيحُ: المَشْهُورُ عَدَمُ الْقَبُولِ، وَيُسْتَحَبُّ التَّنَزُّهُ وَهُوَ مَذْهَبُ المُدَوَّنَةِ، وَفِي الشَّارِحِ عَنْ الْعُتْبِيَّةِ وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَابْنُ المَاجِشُونِ وَابْنُ وَهْبٍ وَابْنُ نَافِعٍ وَسَحْنُونٌ: تَجُوزُ شَهَادَةُ المَرْأَتَيْنِ فِي ذَلِكَ وَالرَّجُلُ وَالمَرْأَةِ، وَإِنْ لَمْ يَفْشُ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِمَا، فَشَهَادَةُ المَرْأَتَيْنِ مَعَ الْفَشْوِ تَجُوزُ بِاتِّفَاقٍ، وَشَهَادَةُ المَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ دُونَ فَشْوٍ لَا تَجُوزُ بِاتِّفَاقٍ، وَيُخْتَلَفُ فِي شَهَادَةِ المَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ مَعَ الْفَشْوِ، وَفِي شَهَادَةِ المَرْأَتَيْنِ دُون فَشْوٍ، وَمَنْ يَشْتَرِطُ الْفَشْوَ فِي شَهَادَتِهِمَا لَا يَشْتَرِطُ الْعَدَالَةَ، وَمَنْ لَا يَشْتَرِطُ الْفَشْوَ يَشْتَرِطُ الْعَدَالَةَ، وَقَدْ مَضَى الْقَوْلُ عَلَى هَذَا فِي رَسْمِ جَاعَ فَبَاعَ امْرَأَتَهُ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «بِصِحَّةِ الْإِرْضَاعِ». يَتَعَلَّقُ بِـ«شَاهِدَيْنِ، «وَبِاثْنَتَيْنِ» عَطْفٌ عَلَى بِالْعَدْلَيْنِ، وَجُمْلَةُ «قَدْ فَشَا» خَبَرُ كَانَ، وَ«مِنْ قَبْلِ عَقْدِ» يَتَعَلَّقُ بِفَشَا.

وَقَوْلُهُ: «وَفِي الْأُولَى اُقْتُفِيَ» أَيْ: اُقْتُفِيَ الْفَسْخُ فِي الْقَوْلِ الْأَوْلَى؛ أَيْ الْأَحَقِّ بِسُكُونِ الْوَاوِ مِنْ الْأَوْلَوِيَّةِ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣١.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها

عَطَفَ مَا يُرَدَّانِ بِهِ عَلَى عُيُوبٍ مِنْ عَطْفِ خَاصٍّ عَلَى عَامٍّ؛ إِذْ كُلُّ مَا يُرَدَّانِ بِهِ عَيْبٌ، وَلَيْسَ كُلُّ عَيْبٍ يُرَدَّانِ بِهِ، وَضَمِيرُ «مِنْهَا» لِلْعُيُوبِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

مِنَ الْجُنُونِ وَالْجُذَامِ وَالْبَرَص ... وَالدَّاءِ فِي الْفَرْجِ الْخِيَارُ يُقْتَنَص

بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَيْبِ أَوْ إِقْرَارِ ... بِهِ وَرَفْعِ الْأَمْرِ فِي الْمُخْتَارِ

يَعْنِي أَنَّ الْعُيُوبَ الَّتِي تُوجِبُ الْخِيَارَ لِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فِي الْآخَرِ أَرْبَعَةٌ: الْجُنُونُ وَالْجُذَامُ وَدَاءُ الْفَرْجِ وَالْبَرَصُ، وَدَاءُ الْفَرْجِ يَخْتَلِفُ بِاعْتِبَارِ النِّسَاءِ وَالرِّجَالِ كَمَا يَأْتِي، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلسَّالِمِ مِنَ الزَّوْجَيْنِ فِي الْآخَرِ الَّذِي بِهِ الْعَيْبُ بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَيْبِ، إِمَّا بِشَهَادَةِ أَهْلِ الْبَصَرِ وَالمَعْرِفَةِ بِذَلِكَ، وَإِمَّا بِإِقْرَارِ المَعِيبِ بِعَيْبِهِ، وَبَعْدَ الرَّفْعِ لِلْحَاكِمِ عَلَى الْقَوْلِ الْمُخْتَارِ فِي ذَلِكَ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلِكُلٍّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْعَيْبِ وَالْغُرُورِ لِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ بِالْعِتْقِ[1].

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي أَنَّ لِلْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَسْبَابٍ: اثْنَانِ يَسْتَوِي فِيهِمَا الرَّجُلُ وَالمَرْأَةُ، وَهُمَا الْعَيْبُ وَالْغُرُورُ بِالْحُرِّيَّةِ، وَالثَّالِثُ خَاصٌّ بِالمَرْأَةِ، وَهُوَ الْعِتْقُ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا، يَعْنِي ثُمَّ عَتَقَتْ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْعَيْبُ الْجُنُونُ وَالْجُذَامُ وَالْبَرَصُ وَدَاءُ الْفَرْجِ مَا لَمْ يَرْضَ بِقَوْلٍ أَوْ تَلَذُّذٍ أَوْ تَمْكِينٍ، أَوْ سَبْقِ عِلْمٍ بِالْعَيْبِ[2].

التَّوْضِيح: وَقَوْلُهُ: مَا لَمْ يَرْضَ رَاجِعٌ إِلَى غَيْرِ مَذْكُورٍ، وَهُوَ لَازِمُ الْعَيْبِ الَّذِي هُوَ وُجُوبُ الْخِيَارِ، وَلَا يَرْجِعُ لِلْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ حَصَلَ الرِّضَا فَهُوَ عَيْبٌ، وَفَاعِلُ يَرْضَ ضَمِيرٌ عَائِدٌ عَلَى أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، كَذَلِكَ قَوْلُهُ: أَوْ سَبْقِ عِلْمٍ. يُرِيدُ مِنْ أَحَدِهِمَا بِعَيْبِ الْآخَرِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. اهـ.

المُتَيْطِيُّ: فَإِذَا رَفَعَتِ المَرْأَةُ زَوْجَهَا إِلَى الْإِمَامِ وَأَحَبَّتْ فِرَاقَهُ وَقَرَّرَتْهُ عَلَى عَيْبِهِ، فَإِنْ أَقَرَّ بِهِ وَإِلَّا أَثْبَتَتْ ذَلِكَ عِنْدَهُ، وَيُعْرَفُ الْجُذَامُ وَالْبَرَصُ بِأَنْ يُنْظَرَ إِلَى جَسَدِهِ مَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي الْعَوْرَةِ فَيُصَدَّقُ فِيهِ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧٠.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٧١.

قَالَ بَعْضُ الْمُوَثِّقِينَ: وَحَكَى بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَنْظُرُ الرِّجَالُ إِلَيْهِ لِلضَّرُورَةِ كَمَا يُنْظَرُ النِّسَاءُ، وَأَمَّا الْحَصُورُ وَالْمَجْبُوبُ الْمَمْسُوحُ ذَكَرُهُ وَأُنْثَيَاهُ أَوْ مَقْطُوعُهُمَا جَمِيعًا، وَالْعِنِّينُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي أَبِي مُحَمَّدٍ، فَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ حَبِيبٍ: يُخْتَبَرُ بِالْجَسِّ عَلَى الثَّوْبِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ظَاهِرٌ لَا يَخْفَى وَيُحْذَرُ مِنَ الْمُلَامَسَةِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ أَوْ انْكَشَفَ عَلَيْهِ؛ طَلَّقَ عَلَيْهِ الْإِمَامُ، وَلَا يُفَوِّضُ ذَلِكَ إِلَيْهَا، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ. اهـ.

وَالِاقْتِنَاصُ: الِاصْطِيَادُ، وَالْمُرَادُ هُنَا أَنَّ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ يَحْصُلُ الْخِيَارُ لِلسَّالِمِ مِنْهُمَا، فَكَأَنَّ الْخِيَارَ وَحْشُ صَيْدٍ وَتُوُصِّلَ إِلَيْهِ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ.

(تَنْبِيهٌ) بَقِيَ عَلَى النَّاظِمِ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، وَيَرُدُّ بِهِ كُلٌّ مِنْهُمَا الْعَذْيَطَةُ، وَهُوَ حَدَثُ الْغَائِطِ عِنْدَ الْجِمَاعِ.

وَدَاءُ فَرْجِ الزَّوْجِ بِالْقَضَاءِ	كَالْجَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْخِصَاءِ
وَذَاكَ لَا يُرْجَى لَهُ زَوَالٌ	فَلَيْسَ فِي الْحُكْمِ بِهِ إِمْهَالٌ

شَرَعَ هُنَا فِي الْكَلَامِ عَلَى دَاءِ فَرْجِ الرَّجُلِ، وَسَيَذْكُرُ دَاءَ فَرْجِ الْمَرْأَةِ فِي قَوْلِهِ: «وَالرَّتَقُ دَاءُ الْفَرْجِ فِي النِّسَاءِ...» إلَخْ. وَأَخْبَرَ هُنَا أَنَّ دَاءَ فَرْجِ الرَّجُلِ إِذَا كَانَ جَبًّا، أَوْ عُنَّةً، أَوْ خِصَاءً، فَإِنَّ الْحُكْمَ فِيهِ لَا يُمْهَلُ، بَلْ إِمَّا أَنْ تَرْضَى أَوْ تُفَارِقَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَا يُرْجَى زَوَالُهُ صَارَ الْإِمْهَالُ كَالْعَبَثِ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: كُلُّ مَنْ ذَهَبَ ذَكَرُهُ قَبْلَ بِنَائِهِ بِامْرَأَتِهِ بِخِصَاءٍ أَوْ بَلِيَّةٍ نَزَلَتْ بِهِ؛ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ مَكَانَهُ، وَلَمْ يُؤَجَّلْ لَهُ كَذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَغَيْرُهُ.

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ الْوَاضِحَةِ: وَكَذَلِكَ يُفَرَّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِنِّينِ بِغَيْرِ أَجَلٍ إِذَا أَقَرَّ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ حَصُورٌ أَوْ مَجْبُوبٌ، وَالْعِنِّينُ الَّذِي لَا يَنْتَشِرُ ذَكَرُهُ كَالْأُصْبُعِ فِي جَسَدِهِ لَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ، وَالْحَصُورُ الَّذِي يُخْلَقُ بِغَيْرِ ذَكَرٍ أَوْ بِذَكَرٍ صُغَارٍ كَالزِّرِّ وَشِبْهِهِ لَا يُمْكِنُ بِهِ وَطْءٌ، فَهَذَانِ إِنْ أَقَرَّا بِحَالِهِمَا فَطَلَبَتْ الزَّوْجَةُ الْفِرَاقَ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بِطَلْقَةٍ، وَكَذَلِكَ الْمَجْبُوبُ وَلَا تَأْجِيلَ فِيهِمْ. اهـ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَدَاءُ فَرْجِ الرَّجُلِ مَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ كَالْجَبِّ وَالْخِصَاءِ وَالْعُنَّةِ

وَالاِعْتِرَاضِ، فَالمَجْبُوبُ المَقْطُوعُ ذَكَرُهُ وَأُنْثَيَاهُ، وَالْخَصِيُّ المَقْطُوعُ أَحَدُهُمَا وَإِنْ كَانَ قَائِمَ الذَّكَرِ، وَالْعِنِّينُ ذُو ذَكَرٍ لَا يَتَأَتَّى بِهِ الْجِمَاعُ أَيْ لِصِغَرِهِ، وَالمُعْتَرِضُ بِصِفَةِ المُتَمَكِّنِ وَلَا يَقْدِرُ، وَرُبَّمَا كَانَ بَعْدَ وَطْءٍ، وَرُبَّمَا كَانَ فِي امْرَأَةٍ دُونَ أُخْرَى، وَقَدْ يُفَسَّرُ الْعِنِّينُ بِالمُعْتَرَضِ(١).

التَّوْضِيحُ: وَيُقَالُ لِلْمُعْتَرَضِ المَرْبُوطُ، وَيُقَالُ: إِنَّ سَبَبَهُ السِّحْرُ. وَقَوْلُهُ: وَقَدْ يُفَسَّرُ الْعِنِّينُ بِالمُعْتَرَضِ؛ أَيْ: وَقَدْ يُطْلِقُ الْأَصْحَابُ لَفْظَ الْعِنِّينِ وَيَكُونُ مُرَادُهُمْ بِهِ المُعْتَرِضَ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

ابْنِ الْحَاجِبِ: فَفِي الْجَبِّ وَالْخِصَاءِ وَالْعُنَّةِ الْخِيَارُ، وَقِيلَ: إِلَّا فِي الْقَائِمِ الذَّكَرِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَقْطُوعَ الْحَشَفَةِ(٢).

التَّوْضِيحُ: وَهَلْ الْحَصُور مَنْ لَا ذَكَرَ لَهُ أَلْبَتَّةَ، أَوْ لَهُ ذَكَرٌ صَغِيرٌ، فَيَرْجِعُ إِلَى الْعِنِّينِ قَوْلَانِ، وَقَدْ فَسَّرَ ابْنُ عَبَّاسٍ الْحَصُورَ بِالَّذِي لَا يَنْزِلُ المَاءُ مِنْهُ، وَقَتَادَةُ وَمُجَاهِدٌ بِالَّذِي لَا يَأْتِي النِّسَاءَ. اهـ. وَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَى المُعْتَرَضِ قَرِيبًا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَحَيْثُ عِيبَ الزَّوْجُ بِاعْتِرَاضِ	أَوْ بَرَصٍ وَقِيمَ عِنْدَ الْقَاضِي
أَجَّلَهُ إِلَى تَمَامِ عَامِ	كَذَاكَ فِي الْجُنُونِ وَالْجُذَامِ
وَبَعْدَ ذَا يَحْكُمُ بِالطَّلَاقِ	إِنْ عَدِمَ الْبُرْءَ عَلَى الإِطْلَاقِ
وَالْعَبْدُ فِي الْأَصَحِّ كَالْأَحْرَارِ	وَقِيلَ بِالتَّشْطِيرِ كَالظِّهَارِ

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَيْبُ الزَّوْجِ مِمَّا يُرْجَى زَوَالُهُ وَيُطْمَعُ فِي بُرْئِهِ، وَقَامَتْ الزَّوْجَةُ بِحَقِّهَا عِنْدَ الْقَاضِي، فَلَا يُطَلِّقُ عَلَيْهِ مِنْ حِينِهِ، بَلْ يُؤَجِّلُ لَهُ سَنَةً، وَذَلِكَ الاِعْتِرَاضُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ وَالْجُذَامُ، فَإِنْ بَرِئَ فِي السَّنَةِ فَلَا إِشْكَالَ، وَإِنْ تَمَّتْ وَلَمْ يَبْرَأْ فَالْخِيَارُ لِلزَّوْجَةِ فِي أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ أَوْ تُفَارِقَهُ، وَالتَّأْجِيلُ فِي ذَلِكَ بِالسَّنَةِ هُوَ لِلْحُرِّ، وَاخْتُلِفَ فِي الْعَبْدِ فَقِيلَ: كَالْحُرِّ. وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَقِيلَ: يُؤَجَّلُ شَطْرَ السَّنَةِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ.

وَكَذَلِكَ هَذَا الْخِلَافُ فِي الْعَبْدِ يُظَاهِرُ مِنْ زَوْجَتِهِ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّكْفِيرِ، فَيَدْخُلُ عَلَيْهِ

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧١.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٧١.

الْإِيلاَءُ، فَقِيلَ: يُؤَجَّلُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ كَالْحُرِّ. وَقِيلَ بِالتَّشْطِيرِ: فَيُؤَجَّلُ شَهْرَيْنِ فَقَطْ. وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: كَالظِّهَارِ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ فِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: الاِعْتِرَاضُ وَالْجُنُونُ وَالْجُذَامُ وَالْبَرَصُ لَا يُطَلَّقُ فِيهِ ابْتِدَاءً، وَيُؤَجَّلُ مَنْ بِهِ هَذِهِ الْعُيُوبِ لِلْمُعَالَجَةِ مِنْهُ إِذَا كَانَ يُطْمَعُ فِي إِزَالَتِهِ عَنْهُ، وَالْأَجَلُ فِي ذَلِكَ عَامٌ لِلْحُرِّ وَفِي الْعَبْدِ خِلاَفٌ، قِيلَ: عَامٌ. وقِيلَ: سِتَّةُ أَشْهُرٍ. وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ مِثْلَهُ، وَزَادَ بَعْدَ الْأَجَلِ لِلْحُرِّ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ زَوْجَتُهُ حُرَّةً أَوْ أَمَةً، وَالْقَوْلُ بِأَنَّ الْعَبْدَ يُؤَجَّلُ سَنَةً، رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ، وَقَالَهُ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ، وَقِيلَ: سِتَّةُ أَشْهُرٍ. وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَبِهِ الْحُكْمُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ اللَّخْمِيُّ: الْأَوَّلُ أَبْيَنُ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ جُعِلَتْ لِيُخْتَبَرَ بِهَا فِي الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ، فَقَدْ يَنْفَعُ فِي فَصْلٍ دُونَ فَصْلٍ، وَهَذَا يَسْتَوِي فِيهِ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ.

(فَرْعٌ) وَهَلْ يَكُونُ الْأَجَلُ مِنْ يَوْمِ الرَّفْعِ، أَوْ مِنْ يَوْمِ الْحُكْمِ؟ نَقَلَ الْمُتَيْطِيُّ عَنْ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ السَّنَةَ مِنْ يَوْمِ تَرْفَعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ.

وَقَالَ الْبَاجِيُّ: هَذِهِ عِبَارَةُ أَصْحَابِنَا، وَتَحْقِيقُ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّ ابْتِدَاءَ أَجَلِ السَّنَةِ مِنْ يَوْمِ يَحْكُمُ السُّلْطَانُ بِهَا؛ إِذْ لَا يَحْكُمُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَيْبِ أَوْ إِقْرَارِ الزَّوْجِ، فَقَدْ يَطُولُ مَا بَيْنَ الرَّفْعِ وَالْحُكْمِ.

وَكَالرِّجَالِ أَجَلُ النِّسَاءِ فِي هَذِهِ الثَّلاَثَةِ الْأَدْوَاءِ
وَفِي سِوَاهَا لَا يَكُونُ الْأَجَلُ لَهُنَّ إِلَّا مَا يَرَى الْمُؤَجِّلُ

يَعْنِي أَنَّ الْمَرْأَةَ تُؤَجَّلُ فِي هَذِهِ الْأَمْرَاضِ الثَّلاَثَةِ الَّتِي هِيَ الْجُنُونُ وَالْجُذَامُ وَالْبَرَصُ سَنَةً كَالرَّجُلِ، وَأَمَّا مَا عَدَاهَا فَتُؤَجَّلُ قَدْرَ مَا يَرَاهُ الْمُؤَجِّلُ بِالْكَسْرِ، وَهُوَ الْقَاضِي مِمَّا يَتَأَتَّى فِيهِ مُعَالَجَةُ ذَلِكَ الدَّاءِ، وَإِنَّمَا تَعَيَّنَ عَوْدُ الْإِشَارَةِ إِلَى مَا عَدَا الاِعْتِرَاضَ؛ لِأَنَّهُمْ عَدُّوهُ مِنَ الْأَمْرَاضِ الْخَاصَّةِ بِالرَّجُلِ، وَالْكَلاَمُ الْآنَ فِي النِّسَاءِ وَالْأَدْوَاءُ جَمْعُ دَاءٍ وَهُوَ الْمَرَضُ.

فَفِي وَثَائِقِ ابْنِ فَتْحُونٍ: إِذَا كَانَ بِالْمَرْأَةِ جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ، فَإِنَّهَا تُؤَجَّلُ فِي التَّدَاوِي مِنْ ذَلِكَ سَنَةً. وَقَالَ فِي دَاءِ الْفَرْجِ: إِنَّهَا تُؤَجَّلُ فِي التَّدَاوِي مِنْهُ بِقَدْرِ اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ وَلَمْ يُحَدَّ. اهـ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَأُجِّلاَ فِيهِ، وَفِي بَرَصٍ وَجُذَامٍ رُجِيَ بُرْؤُهُمَا سَنَةً[١].

---

(١) مختصر خليل ص ١٠٢.

ثُمَّ قَالَ: وَأُجِّلَتْ الرَّتْقَاءُ لِلدَّوَاءِ بِالاِجْتِهَادِ[١].

وَيُمْنَعُ الْمَبْرُوصُ وَالْمَجْذُومِ مِنْ ... بِنَائِهِ وَذُو الْجُنُونِ فَاسْتَبِنْ

وَذُو اعْتِرَاضٍ وَحْدَهُ لَنْ يُمْنَعَا ... وَهُوَ مُصَدَّقٌ إِذَا مَا نُوزِعَا

وَإِنْ يَقُلْ وَطِئْتُ أَثْنَاءَ الْأَمَدْ ... فَقَوْلُهُ مَعَ الْيَمِينِ الْمُعْتَمَدْ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ عَلَى ثَلاثِ مَسَائِلَ:

الْأُولَى: أَنَّ مَنْ ضُرِبَ لَهُ الْأَجَلُ مِنْ الرِّجَالِ لِمُعَالَجَةِ دَائِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَطَلَبَ الْبِنَاءَ بِزَوْجَتِهِ أَثْنَاءَ الْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ، وَذَلِكَ الْمَجْنُونُ وَالْمَجْذُومُ وَالْمَبْرُوصُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي ضَرْبِ الْأَجَلِ لَهُمْ فِي قَوْلِهِ: «وَحَيْثُ عِيبَ الزَّوْجُ بِاعْتِرَاضٍ...» الْبَيْتَيْنِ. إِلَّا الْمُعْتَرَضَ فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ، وَلَهُ الْبِنَاءُ فِي أَثْنَاءِ الْأَجَلِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ وَشَطْرِ الثَّانِي.

قَالَ فِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَيُمْنَعُ الْمَجْنُونُ مِنْ الْبِنَاءِ بِهَا لِمَا يُخْشَى مِنْهُ عَلَيْهَا، وَكَذَلِكَ الْمَجْذُومُ وَالْمَبْرُوصُ إِذَا كَانَتْ الرَّائِحَةُ مِنْهُمَا تُؤْذِي، ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ فَتْحُونٍ، وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ مِثْلُهُ سَوَاءٌ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَلَا يُمْنَعُ الْمُعْتَرَضُ مِنْ الْبِنَاءِ، وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ مِثْلَهُ وَزَادَ: فَإِنْ وَطِئَ فِي خِلَالِ السَّنَةِ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا عِنْدَ انْقِضَائِهَا.

قَوْلُهُ: «وَهُوَ مُصَدَّقٌ إِذَا مَا نُوزِعَا». هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ مِمَّا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهَا الْأَبْيَاتُ، يَعْنِي إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ عَلَى الرَّجُلِ الِاعْتِرَاضَ وَأَنْكَرَ هُوَ، فَإِنَّهُ مُصَدَّقٌ فِي نَفْيِ الِاعْتِرَاضِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَصُدِّقَ فِي الْعُنَّةِ[٢].

التَّوْضِيحُ: أَيْ فِي الِاعْتِرَاضِ، فَهَذِهِ مِنْ الْمَوَاضِعِ الَّتِي أُطْلِقَ فِيهَا الْعُنَّةُ عَلَى الِاعْتِرَاضِ. اهـ. وَهُوَ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ؛ أَيْ فِي نَفْيِ الْعُنَّةِ.

وَفِي الطُّرَرِ: إِذَا أَنْكَرَ الزَّوْجُ مَا ادَّعَتْ عَلَيْهِ مِنْ الِاعْتِرَاضِ فَهُوَ مُصَدَّقٌ، وَقَدْ نَزَلَتْ بِالْمَدِينَةِ.

---

(١) مختصر خليل ص ١٠٣.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٧٢.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ أَيْضًا: وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الْوَطْءِ مَعَ يَمِينِهِ بَعْدَ أَنْ تَوَقَّفَ حِينَ نَزَلَتْ بِالْمَدِينَةِ[١].

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: وَصُدِّقَ فِي الِاعْتِرَاضِ[٢]. أَيْ: فِي نَفْيِ الِاعْتِرَاضِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ مِمَّا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ الْأَبْيَاتُ: الْمُعْتَرَضُ يُضْرَبُ لَهُ الْأَجَلُ فَيَدَّعِي فِي أَثْنَائِهِ أَنَّهُ وَطِئَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّالِثِ.

التَّوْضِيحَ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الْوَطْءِ مَعَ يَمِينِهِ. قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَإِنْ قَالَ الْمُعْتَرَضُ فِي الْأَجَلِ جَامَعْتُهَا دِينَ وَحَلَفَ، فَإِنْ نَكَلَ وَحَلَفَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ نَكَلَتْ بَقِيَتْ زَوْجَةً، وَتَوَقَّفَ فِيهَا مَالِكٌ مَرَّةً إِذْ نَزَلَتْ بِالْمَدِينَةِ، وَأَفْتَى غَيْرُهُ أَنْ تَجْعَلَ الصُّفْرَةَ فِي قُبُلِهَا، وَقَالَ أُنَاسٌ: يُجْعَلَ نِسَاءٌ مَعَهَا. اهـ.

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: وَصُدِّقَ إِنْ ادَّعَى فِيهَا الْوَطْءَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ وَإِلَّا بَقِيَتْ[٣].

فَقَوْلُهُ: حَلَفَتْ. أَيْ: وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ نَكَلَتْ بَقِيَتْ أَيْ زَوْجَةً.

وَتُمْنَـعُ الْإِنْفَـاقُ مَـا لَمْ تَـدْخُلْ ... إِنْ طَلَبَتْـهُ فِي خِـلَالِ الْأَجَـلِ

تَقَدَّمَ أَنَّ الْمَجْنُونَ وَالْمَجْذُومَ وَالْمَبْرُوصَ يُضْرَبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سَنَةً، وَيَمْنَعُونَ مِنَ الدُّخُولِ أَثْنَاءَهَا، فَإِذَا طَلَبَتْ زَوْجَةُ أَحَدِهِمْ النَّفَقَةَ فِي ذَلِكَ الْأَجَلِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا فِيهِ؛ لِأَنَّهَا فِي مُقَابَلَةِ الِاسْتِمْتَاعِ، وَقَدْ مَنَعَتْهُ نَفْسَهَا لِسَبَبٍ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى دَفْعِهِ، فَكَانَ بِذَلِكَ مَعْذُورًا، وَهَذَا فِي غَيْرِ الْمُعْتَرَضِ، وَأَمَّا الْمُعْتَرَضُ فَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنَ الْبِنَاءِ بِزَوْجَتِهِ، فَإِذَا طَلَبَتْهُ بِالنَّفَقَةِ لَزِمَتْهُ لِكَوْنِهِ مُتَمَكِّنًا مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: فِي رَسْمِ الصَّلَاةِ مِنْ سَمَاعِ يَحْيَى مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ، قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ التُّونِسِيِّ: وَانْظُرْ إِذَا ضُرِبَ لِلْمَجْنُونِ أَجَلٌ سَنَةً قَبْلَ الدُّخُولِ، هَلْ لَهَا نَفَقَةٌ إِذَا دَعَتْهُ إِلَى الدُّخُولِ مَعَ امْتِنَاعِهَا مِنْ ذَلِكَ لِجُنُونِهِ، كَمَا إِذَا أَعْسَرَ بِالصَّدَاقِ أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِإِجْرَاءِ النَّفَقَةِ مَعَ امْتِنَاعِهَا مِنْهُ لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى دَفْعِ صَدَاقِهَا، فَأَجَالَ النَّظَرَ وَلَمْ يُبَيِّنْ فِي ذَلِكَ شَيْئًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا نَفَقَةَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا مَنَعَتْهُ نَفْسَهَا لِسَبَبٍ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى دَفْعِهِ، فَكَانَ بِذَلِكَ مَعْذُورًا

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧١.

(٢) مختصر خليل ص ١٠٣.

(٣) مختصر خليل ص ١٠٣.

بِخِلاَفِ الَّتِي مَنَعَتْهُ نَفْسَهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ إِلَيْهَا صَدَاقَهَا؛ إِذْ لَعَلَّ لَهُ مَالًا فَكَتَمَهُ. اهـ(١).

قَالَ الشَّيْخُ ابْنُ غَازِيٍّ: وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ الْمُعْتَرَضِ عَلَى الْمَجْنُونِ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونَ يُمْنَعُ عَنْهَا كَمَا قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْمُعْتَرَضُ مُرْسَلٌ عَلَيْهَا. اهـ.

وَهَذَا فِي تَأْجِيلِ الزَّوْجِ، وَانْظُرْ إِذَا أُجِّلَتْ الزَّوْجَةُ لِجُنُونٍ أَوْ جُذَامٍ أَوْ بَرَصٍ قَبْلَ الْبِنَاءِ، هَلْ لَهَا نَفَقَةٌ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لَيْسَ مِنْ قِبَلِهَا، أَوْ لَا نَفَقَةَ لَهَا لِأَنَّهَا وَإِنْ لَمْ تَمْنَعْهُ هِيَ فَإِنَّهُ إِنْ اسْتَمْتَعَ سَقَطَ خِيَارُهُ؟

وَالْعَيْبُ فِي الرِّجَالِ مِنْ قَبْلِ الْبِنَا ... وَبَعْدَهُ الرَّدُّ بِهِ تَعَيَّنَا

إِلَّا اعْتِرَاضًا كَانَ بَعْدَ مَا دَخَلْ ... وَالْوَطْءُ مِنْهُ هَبْهُ مَرَّةً حَصَلْ

وَبِالْقَدِيمِ الزَّوْجُ وَالْكَثِيرِ ... يُرَدُّ وَالْحَادِثِ وَالْيَسِيرِ

إِلَّا حُدُوثَ بَرَصٍ مَنْزُورِ ... فَلاَ طَلاَقَ مِنْهُ فِي الْمَشْهُورِ

وَزَوْجَةٌ بِسَابِقٍ لِعَقْدِهِ ... وَهُوَ لِزَوْجٍ آفَةٌ مِنْ بَعْدِهْ

اعْلَمْ أَنَّ فَهْمَ هَذِهِ الْأَبْيَاتِ يَتَوَقَّفُ عَلَى مَعْرِفَةِ فِقْهِ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجُمْلَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْعَيْبَ الْمَوْجُودَ فِي أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ سَابِقًا عَلَى عَقْدِ النِّكَاحِ، أَوْ حَادِثًا بَعْدَ عَقْدِهِ، فَإِنْ كَانَ سَابِقًا عَلَى الْعَقْدِ ثَبَتَ بِهِ الْخِيَارُ لِلْآخَرِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْعَيْبِ مُدَلِّسٌ حَيْثُ كَتَمَ وَلَمْ يُبَيِّنْ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْعَيْبُ بِالزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ وَإِنْ كَانَ حَادِثًا بَعْدَ الْعَقْدِ، فَإِنْ حَدَثَ بِالْمَرْأَةِ، فَلاَ مَقَالَ لِلزَّوْجِ وَهِيَ مُصِيبَةٌ نَزَلَتْ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْفِرَاقِ بِالطَّلاَقِ، وَسَيَقُولُ النَّاظِمُ بَعْدُ:

وَزَوْجَةٌ بِسَابِقٍ لِعَقْدِهِ ... وَهُوَ لِزَوْجٍ آفَةٌ مِنْ بَعْدِهِ

وَإِنْ حَدَثَ بِالرَّجُلِ فَحَكَى ابْنُ الْحَاجِبِ فِي ذَلِكَ أَرْبَعَةَ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ فِي كُلِّ عَيْبٍ حَدَثَ بِالرَّجُلِ بَعْدَ الْعَقْدِ بَنَى أَوْ لَمْ يَبْنِ؛ لِأَنَّ الْفِرَاقَ لَيْسَ بِيَدِهَا، فَلاَ تَخَلُّصَ إِلَّا إِنْ خُيِّرَتْ.

الثَّانِي: لَا خِيَارَ لَهَا كَالَّذِي يَحْدُثُ بِالزَّوْجِ.

---

(١) البيان والتحصيل ٥/٤٤٢.

الثَّالِثُ: لَا خِيَارَ لَهَا إِلَّا إِنْ حَدَثَ بِهِ بَرَصٌ فَتُخَيَّرُ.

الرَّابِعُ: لَهَا الْخِيَارُ إِلَّا فِي الْبَرَصِ الْيَسِيرِ، فَلاَ خِيَارَ لَهَا.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْعَيْبُ الْمُقْتَضِي لِلْخِيَارِ مَا وُجِدَ قَبْلَ الْعَقْدِ لَا بَعْدَهُ، وَفِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ لِلْمَرْأَةِ خَاصَّةً بَعْدَهُ ثَالِثُهَا إِلَّا فِي الْبَرَصِ، وَرَابِعُهَا إِلَّا فِي الْقَلِيلِ مِنْهُ. اهـ[١].

فَتَكَلَّمَ النَّاظِمُ فِي الْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ عَلَى الْعَيْبِ الْحَادِثِ بِالرَّجُلِ بَعْدَ عَقْدِ النِّكَاحِ بَنَى أَوْ لَمْ يَبْنِ، وَأَنَّ لِلْمَرْأَةِ الْخِيَارَ بِسَبَبِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ الْعَيْبُ اعْتِرَاضًا حَدَثَ بَعْدَ الْوَطْءِ وَلَوْ مَرَّةً وَاحِدَةً، فَلاَ خِيَارَ لَهَا، وَتَقَدَّمَ أَنَّ ابْنَ الْحَاجِبِ حَكَى فِي ذَلِكَ أَرْبَعَةَ أَقْوَالٍ، ذَهَبَ النَّاظِمُ فِي هَذَا الْبَيْتِ عَلَى الْأَوَّلِ مِنْهَا، ثُمَّ تَكَلَّمَ عَلَى نَظِيرِهِ، وَهُوَ حُدُوثُ الْعَيْبِ بِالزَّوْجَةِ بَعْدَ عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَيْهَا، حَيْثُ قَالَ: «وَهُوَ لِزَوْجٍ آفَةٌ مِنْ بَعْدِهِ» أَيْ: حُدُوثُ الْعَيْبِ بِالزَّوْجَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ آفَةٌ نَزَلَتْ بِالزَّوْجِ، فَلاَ خِيَارَ لَهُ، فَإِمَّا أَمْسَكَ أَوْ طَلَّقَ.

ثُمَّ تَكَلَّمَ عَلَى الرَّدِّ بِالْعَيْبِ الْقَدِيمِ السَّابِقِ عَلَى الْعَقْدِ، فَأَشَارَ لِرَدِّ الزَّوْجِ بِهِ بِقَوْلِهِ: «وَبِالْقَدِيمِ الزَّوْجُ وَالْكَثِيرِ...» الْبَيْتَ. إِلَّا أَنَّ قَوْلَهُ: «وَالْحَادِثِ» أَيْ: بَعْدَ الْعَقْدِ هُوَ تَكْرَارٌ مَعَ قَوْلِهِ أَوَّلًا: «وَالْعَيْبُ فِي الرِّجَالِ مِنْ قَبْلِ الْبِنَا...» الْبَيْتَيْنِ. وَكَأَنَّهُ كَرَّرَهُ لِيَسْتَثْنِيَ مِنْهُ حُدُوثَ الْبَرَصِ الْيَسِيرِ بِالزَّوْجِ، فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ لِلْمَرْأَةِ خِيَارًا، أَوْ هَذَا هُوَ الْقَوْلُ الرَّابِعُ عِنْدَ ابْنِ الْحَاجِبِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّ الْكَثِيرَ يُوجِبُ لَهَا الْخِيَارَ، وَكَذَلِكَ الْجُذَامُ الْبَيِّنُ إِذَا هُوَ أَضَرُّ مِنْ الْبَرَصِ.

وَهَذَا الْمَفْهُومُ هُوَ مَنْطُوقُ قَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَلَهَا فَقَطْ الرَّدُّ بِالْجُذَامِ الْبَيِّنِ وَالْبَرَصِ الْمُضِرِّ الْحَادِثَيْنِ بَعْدَهُ[٢].

فَتَلَخَّصَ مِنْ كَلاَمِهِ أَنَّهُ يُسْتَثْنَى مِنْ الْعَيْبِ الْحَادِثِ بِالزَّوْجِ بَعْد الْعَقْدِ شَيْئَانِ: الِاعْتِرَاضُ بَعْدَ الْوَطْءِ، وَالْبَرَصُ الْيَسِيرُ، فَلاَ خِيَارَ فِيهِمَا لِلزَّوْجَةِ لِقَوْلِهِ: «إِلَّا اعْتِرَاضًا كَانَ بَعْد مَا دَخَلْ...» الْبَيْتَ. وَلِقَوْلِهِ: «إِلَّا حُدُوثَ بَرَصٍ مَنْزُورِ...» الْبَيْتَ. فَلاَ طَلاَقَ مِنْهُ؛ أَيْ فَلاَ خِيَارَ فِيهِ لِلْمَرْأَةِ، وَلَوْ عَبَّرَ بِالْخِيَارِ بَدَلَ الطَّلاَقِ لَكَانَ أَوْلَى، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ثُمَّ تَكَلَّمَ عَلَى رَدِّ الْمَرْأَةِ بِالْعَيْبِ الْقَدِيمِ، فَقَالَ: «وَزَوْجَةٌ بِسَابِقٍ لِعَقْدِهِ». فَتَلَخَّصَ مِنْ كَلاَمِهِ أَيْضًا أَنَّهُ حَكَى فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي حَكَى ابْنُ الْحَاجِبِ فِيهَا أَرْبَعَةَ أَقْوَالٍ: وَهِيَ

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧٢.

(٢) مختصر خليل ص ١٠٢.

حُدُوثُ الْعَيْبِ بِالرَّجُلِ بَعْدَ الْعَقْدِ قَوْلَيْنِ، مِنْهَا الْأَوَّلُ فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذِهِ، وَالرَّابِعُ فِي قَوْلِهِ: «إِلَّا حُدُوثَ بَرَصٍ مَنْزُورِ».

فَقَوْلُ النَّاظِمِ: «وَالْعَيْبُ فِي الرِّجَالِ مِنْ قَبْلِ الْبِنَا وَبَعْدَهُ...» الْبَيْتَ. مَعْنَاهُ أَنَّ الْعَيْبَ الْحَادِثَ بِالرَّجُلِ بَعْدَ عَقْدِ النِّكَاحِ، سَوَاءٌ حَدَثَ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ عَيْبٌ لِلزَّوْجَةِ الرَّدُّ بِهِ، وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ عِنْدَ ابْنِ الْحَاجِبِ.

وَلَمَّا دَخَلَ فِي قَوْلِهِ: وَبَعْدَهُ عَيْبُ الاِعْتِرَاضِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْبِنَاءِ وَالْوَطْءِ وَهُوَ لَا يُرَدُّ بِهِ، اسْتَثْنَاهُ النَّاظِمُ، فَقَالَ: الاِعْتِرَاضُ إِذَا كَانَ بَعْدَ الْوَطْءِ وَلَوْ مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ لَا يُرَدُّ بِهِ، وَذَلِكَ مُصِيبَةٌ نَزَلَتْ بِالزَّوْجَةِ.

وَقَوْله: «وَبِالْقَدِيمِ الزَّوْجُ وَالْكَثِيرِ...» الْبَيْتَيْنِ. يَعْنِي أَنَّ الْعَيْبَ إِذَا كَانَ بِالزَّوْجِ، فَإِنَّهُ يُرَدُّ بِهِ، قَلِيلاً كَانَ الْعَيْبُ أَوْ كَثِيرًا، قَدِيمًا كَانَ أَيْ قَبْلَ الْعَقْدِ أَوْ حَادِثًا بَعْدَ الْعَقْدِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْحَادِثُ بَعْدَهُ بَرَصًا يَسِيرًا، فَلاَ يُرَدُّ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ الرَّابِعُ عِنْدَ ابْنِ الْحَاجِبِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَكَأَنَّ النَّاظِمَ حَكَى الْقَوْلَ الْأَوَّلَ وَالرَّابِعَ مِمَّا عِنْدَ ابْنِ الْحَاجِبِ.

وَزَادَ ابْنُ الْحَاجِبِ بَعْدَ حِكَايَةِ الْأَقْوَالِ الْأَرْبَعَةِ مَا نَصُّهُ: وَأَمَّا جُنُونُهُ الْحَادِثُ فَيُعْزَلُ سَنَةً، فَإِنْ صَحَّ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ يُؤْذِيهَا. وَعَنْ مَالِكٍ: وَالْمَجْذُومُ الْبَيِّنُ كَذَلِكَ[1].

التَّوْضِيحُ: أَيْ فَيُعْزَلُ سَنَةً إِنْ رُجِيَ بُرْؤُهُ، ثُمَّ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَتْ.

وَحَاصِلُ الْقَوْلِ الرَّابِعِ أَنَّ مَا يَحْدُثُ بِالرَّجُلِ بَعْدَ الْعَقْدِ، فَلاَ خِيَارَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا فِي الْبَرَصِ الْكَثِيرِ وَالْجُذَامِ الْبَيِّنِ وَالْجُنُونِ إِذَا حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْبِنَاءِ، أَمَّا بَعْدَ الْبِنَاءِ فَلاَ خِيَارَ لَهَا بِهِ، وَعَلَى هَذَا اقْتَصَرَ فِي الْمُخْتَصَرِ بِقَوْلِهِ: وَلَهَا فَقَطْ الرَّدُّ بِالْجُذَامِ الْبَيِّنِ وَالْبَرَصِ الْمُضِرِّ الْحَادِثَيْنِ بَعْدَهُ لَا بِكَاعْتِرَاضٍ أَوْ جُنُونِهِمَا، وَإِنْ مَرَّةً فِي السَّنَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ[2]. أَيْ بَعْدَ الْعَقْدِ.

وَحَكَى ابْنُ عَرَفَةَ فِي جُنُونِ مَنْ تَأْمَنُ زَوْجَتُهُ أَذَاهُ ثَلاَثَةَ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: إِلْغَاؤُهُ لِابْنِ رُشْدٍ مِنْ سَمَاعِ زُونَانَ[3] عَنْ أَشْهَبَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٧٢.

(٢) مختصر خليل ص ١٠٢.

(٣) عبد الملك بن الحسين بن محمد بن زريق بن عبد الله بن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ، يكنى أبا=

الثَّانِي: اعْتِبَارُهُ لِسَمَاعِ عِيسَى رَأَى ابْنِ الْقَاسِمِ وَرِوَايَتَهُ.

الثَّالِثُ: إِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْبِنَاءِ أُلْغِيَ، وَإِلَّا فَلاَ.

اللَّخْمِيُّ: وَقَوْلُهُ: وَزَوْجَةٌ بِسَابِقٍ لِعَقْدِهِ، يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَةَ تُرَدُّ بِالْعَيْبِ السَّابِقِ عَلَى الْعَقْدِ، وَلَا إِشْكَالَ فِي هَذَا، وَأَمَّا مَا حَدَثَ بِالْمَرْأَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَمُصِيبَةٌ نَزَلَتْ بِالزَّوْجِ لَا خِيَارَ لَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ أَوْ فَارَقَ، فَإِنْ فَارَقَ قَبْلَ الْبِنَاءِ لَزِمَهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ فَارَقَ بَعْدَهُ لَزِمَهُ الصَّدَاقُ كَامِلاً.

وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: وَهُوَ -أَيْ حُدُوثُ الْعَيْبِ بِالْمَرْأَةِ- مِنْ بَعْدِ الْعَقْدِ آفَةٌ نَزَلَتْ بِالزَّوْجِ، فَلاَ رَدَّ لَهُ بِهِ.

وَفِي الْمَوَّاقِ عَنْ ابْنِ عَرَفَةَ: مَا حَدَثَ بِالْمَرْأَةِ مِنْ عَيْبٍ بَعْدَ الْعَقْدِ لَغْوٌ وَهُوَ نَازِلَةٌ بِالزَّوْجِ.

ابْنُ رُشْدٍ: وَمَا حَدَثَ بِالرَّجُلِ بَعْدَ الْعَقْدِ مِنْ جُذَامٍ ثَالِثُ الْأَقْوَالِ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ لَهَا الْخِيَارُ، إِنْ كَانَ بَيِّنًا إِلَّا إِنْ رُجِيَ بُرْؤُهُ، فَلاَ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا إِلَّا بَعْدَ أَجَلِهِ سَنَةً لِعِلاَجِهِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَالْبَرَصُ إِذَا حَدَثَ بِالرَّجُلِ بَعْدَ الْعَقْدِ، فَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ: يَسِيرُهُ لَغْوٌ اتِّفَاقًا، وَشَدِيدُهُ وَكَثِيرُهُ سَمِعَ ابْنُ الْقَاسِمِ يُرَدُّ بِهِ.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: حُدُوثُ جُنُونِ الرَّجُلِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ كَوُجُودِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ، قَالَ: وَكَذَا الْجُذَامُ بِخِلاَفِهِمَا إِذَا حَدَثَا بَعْدَ الدُّخُولِ رَاجِعْهُ. اهـ[1].

«وَالْعَيْبُ» مُبْتَدَأٌ وَ«فِي الرِّجَالِ» وَ«مِنْ قَبْلِ الْبِنَا» فِي مَحَلِّ الصِّفَةِ لِلْعَيْبِ، وَجُمْلَةُ الرَّدُّ «بِهِ تَعَيَّنَا» خَبَرُ الْعَيْبُ، وَالرَّابِطُ جُمْلَةَ الْخَبَرِ بِالْمُبْتَدَأِ ضَمِيرُ بِهِ الْعَائِدُ عَلَى «الْعَيْبُ».

وَ«الزَّوْجُ» مُبْتَدَأٌ وَخَبَرُهُ «يُرَدُّ»، وَ«بِالْقَدِيمِ» يَتَعَلَّقُ بِيُرَدُّ، وَ«زَوْجَةٌ» مُبْتَدَأٌ خَبَرُهُ مَحْذُوفٌ؛ أَيْ تُرَدُّ، وَ«بِسَابِقٍ» بِذَلِكَ الْمَحْذُوفِ.

وَالرَّتْــقُ دَاءُ الْفَــرْجِ فِي النِّــسَاءِ كَــالْقَرْنِ وَالْعَفْــلِ وَالْإِفْــضَاءِ

=مروان، سمع من ابن القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم، وكان الأغلب عليه الفقه، ولم يكن من أهل الحديث، وكان يذهب مذهب الأوزاعي في أول أمره، ثم رجع إلى مذهب مالك، كان فقيهًا فاضلاً ورعًا زاهدًا، ولي قضاء طليطلة، كان يحيى بن يحيى يعجب من كلام زونان، توفي سنة ٢٣٢ هـ. انظر: الديباج المذهب ١/ ٩٤، وترتيب المدارك ١/ ٢٤٦.

(١) التاج والإكليل ٣/ ٤٨٥.

بَيَّنَ هُنَا دَاءَ فَرْجِ المَرْأَةِ، وَهُوَ نَظِيرُ قَوْلِهِ: فِي بَيَانِ دَاءِ الْفَرْجِ فِي الرَّجُلِ وَدَاءُ فَرْجِ الزَّوْجِ بِالْقَضَاءِ كَالْجَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْخِصَاءِ، يَعْنِي أَنَّ دَاءَ فَرْجِ الْمَرْأَةِ هُوَ الرَّتَقُ وَالْقَرَنُ وَالْعَفَلُ وَالْإِفْضَاءُ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَدَاءُ الْفَرْجِ فِي المَرْأَةِ مَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ أَوْ لَذَّتَهُ، كَالرَّتَقِ وَالْقَرَنِ وَالْعَفَلِ وَزِيدَ الْبَخَرُ وَالْإِفْضَاءُ[1].

التَّوْضِيحُ: عِيَاضٌ الرَّتَقُ بِفَتْحِ الرَّاءِ وَالتَّاءِ الْتِصَاقُ مَوْضِعِ الْوَطْءِ وَالْتِحَامُهُ، وَالْعَفَلُ بِفَتْحِ الْعَيْنِ الْمُهْمَلَةِ وَفَتْحِ الْفَاءِ فِي النِّسَاءِ كَالْأُدْرَةِ فِي الرِّجَالِ، وَهُوَ بُرُوزُ لَحْمٍ فِي الْفَرْجِ، وَالْقَرْنِ بِفَتْحِ الْقَافِ وَسُكُونِ الرَّاءِ مِثْلُهُ، لَكِنَّهُ قَدْ يَكُونُ خِلْقَةً غَالِبًا وَيَكُونُ عَظْمًا، وَقَدْ يَكُونُ لَحْمًا، قَالَ غَيْرُهُ: وَأَمَّا الْقَرَن بِفَتْحِ الْقَافِ وَالرَّاءِ فَهُوَ المَصْدَرُ، وَهُوَ الْأَحْسَنُ هُنَا لِيَكُونَ مُوَافِقًا لِبَاقِي الْعُيُوبِ، فَإِنَّهَا كُلَّهَا مَصَادِرُ، وَمَنْ عَدَّ الْفَتْحَ خَطَأً فَقَدْ أَخْطَأَ قَوْلُهُ، وَزِيدَ الْبَخَرُ وَالْإِفْضَاءُ زَادَهُمَا فِي الْجَلَّابِ، وَالْبَخَرُ نَتْنُ الْفَرْجِ؛ لِأَنَّ المُصَنِّفَ أَخْبَرَ بِذَلِكَ عَنْ دَاءِ الْفَرْجِ. اهـ.

وَالْإِفْضَاءُ اخْتِلَاطُ مَحِلِّ الْجِمَاعِ وَمَجْرَى الْبَوْلِ بِزَوَالِ الْحَائِلِ الرَّقِيقِ الَّذِي بَيْنَهُمَا، وَإِذَا وَقَعَ ذَلِكَ فَلاَ تُمْسِكُ بَوْلًا وَلَا نُطْفَةً، وَالْبَخَرُ وَالْإِفْضَاءُ يَمْنَعَانِ لَذَّةَ الْجِمَاعِ لَا مُطْلَقَ الْجِمَاعِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَسَكَّنَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ التَّاءَ مِنْ الرَّتْقِ لِضَرُورَةِ الْوَزْنِ، أَوْ لَعَلَّهُ اسْتَعْمَلَهُ مَصْدَرًا، كَقَوْلِكَ: رَتَقْت الشَّيْءَ رَتْقًا.

وَلَا تُرَدُّ مِنْ عَمَى وَلَا شَلَلْ ... وَنَحْوِهِ إِلَّا بِشَرْطٍ يُمْتَثَلْ

يَعْنِي أَنَّ المَرْأَةَ لَا تُرَدُّ إِلَّا مِنْ الْعُيُوبِ المَذْكُورَةِ قَبْلُ، وَلَا تُرَدُّ مِنْ غَيْرِهَا كَالْعَمَى، وَأَحْرَى الْعَوَرُ وَالشَّلَلُ وَقَطْعُ عُضْوٍ وَنَحْوُ ذَلِكَ، إِلَّا إِذَا تَزَوَّجَ عَلَى شَرْطِ السَّلَامَةِ فَيُمْتَثَلُ الشَّرْطُ، وَتُرَدُّ بِغَيْرِ مَا تَقَدَّمَ، أَوْ قَدْ وُلِدَتْ مِنْ زِنًا، أَوْ سَوْدَاءَ، فَقَالَ مَالِكٌ: لَا تُرَدُّ النِّسَاءُ فِي النِّكَاحِ إِلَّا مِنْ الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ الَّتِي وُصِفَتْ لَكَ.

وَمِنْ كِتَابِ ابْنِ يُونُسَ: وَسُئِلَ أَبُو مُحَمَّدِ بْنُ أَبِي زَيْدٍ عَمَّا يَكْتُبُ النَّاسُ فِي صَدَقَاتِهِمْ، وَهِيَ صَحِيحَةُ الْعَقْلِ وَالْبَدَنِ، إِنْ وَجَدَهَا بَعْدَ ذَلِكَ عَمْيَاءَ أَوْ شَلاَّءَ، هَلْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا

(١) جامع الأمهات ص ٢٧٢.

بِهَذَا الَّذِي كَتَبَ فِي الصَّدَاقِ، فَقَالَ: لَا يَنْفَعُهُ ذَلِكَ، وَلَيْسَ كَالشَّرْطِ حَتَّى يُبَيِّنَ فَيَقُولُ: لَا عَمْيَاءَ وَلَا شَلَّاءَ. قَالَ: وَلَوْ كَانَ فِي مَوْضِعِ صَحِيحَةِ الْبَدَنِ سَلِيمَةِ الْبَدَنِ لَرَأَيْت لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا إذَا وَجَدَهَا عَمْيَاءَ أَوْ شَلَّاءَ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، وَبِهَذَا كَانَ يُفْتِي عُلَمَاؤُنَا وَنُفْتِي نَحْنُ.

قَالَ الشَّارِحُ: اسْتَشْكَلَ ابْنُ عَرَفَةَ الرَّدَّ بِالسَّوَادِ إذَا اشْتَرَطَ السَّلَامَةَ لِعَدَمِ انْدِرَاجِهَا عِنْدَهُ تَحْتَ الْعُيُوبِ الَّتِي يُرَدُّ بِهَا إذَا اشْتَرَطَ السَّلَامَةُ وَبَحْثُهُ ظَاهِرٌ. اهـ.

وَمِنْ الْمُدَوَّنَةِ: إنْ وَجَدَهَا سَوْدَاءَ أَوْ عَمْيَاءَ أَوْ عَوْرَاءَ لَمْ تُرَدَّ، وَلَا يُرَدُّ بِغَيْرِ الْعُيُوبِ الْأَرْبَعَةِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ السَّلَامَةَ مِنْهُ، قُلْت: فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا صَحِيحَةٌ فَإِذَا هِيَ عَمْيَاءُ أَوْ شَلَّاءُ أَوْ مُقْعَدَةٌ أَيَرُدُّهَا؟ قَالَ: نَعَمْ إذَا اشْتَرَطَهَا عَلَى مَنْ أَنْكَحَهُ إيَّاهَا؛ لِقَوْلِ مَالِكٍ فِيمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَإِذَا هِيَ لِغَيَّةٍ: إنْ زَوَّجُوهُ عَلَى نَسَبٍ فَلَهُ رَدُّهَا، وَإِلَّا فَلَا[1].

عِيَاضٌ: قَوْلُهُ: لِغَيَّةٍ. أَيِّ لِغَيْرِ نِكَاحٍ، كَمَا قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ لِزِنْيَةٍ، عَكْسُ هَذَا الرَّشِيدَةُ، إلَّا إنَّهُ يَجُوزُ فَتْحُ الرَّاءِ هُنَا.

ابْنُ رُشْدٍ: إنْ أَجَابَ الْوَلِيُّ الْخَاطِبَ عِنْدَ قَوْلِهِ: قِيلَ لِي: وَلِيَّتُك سَوْدَاء أَوْ عَوْرَاءُ. بِقَوْلِهِ: كَذَبَ مِنْ قَالَ ذَلِكَ هِيَ الْبَيْضَاءُ الْغَرَّاءُ. فَلَا خِلَافَ أَنَّ هَذَا شَرْطٌ يُوجِبُ رَدَّهَا إنْ وُجِدَ بِهَا بَعْضَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ إنْ وَصَفَهَا الْوَلِيُّ عِنْدَ الْخِطْبَةِ بِالْبَيَاضِ وَصِحَّةِ الْعَيْنَيْنِ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ سَبَبٍ وَهِيَ سَوْدَاءُ أَوْ عَمْيَاءُ، فَفِي لَغْوِهِ وَكَوْنِهِ شَرْطًا قَوْلَانِ[2].

الْمُتَيْطِيُّ: قَوْلُهُ: صَحِيحَةٌ فِي جِسْمِهَا. قِيلَ: هُوَ كَشَرْطِ السَّلَامَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ، وَحَكَى عَبْدُ الْحَقِّ وَغَيْرُهُ عَنْ الشَّيْخِ أَنَّهُ لَا يُوجِبُ لَهُ ذَلِكَ.

الْبَاجِيُّ: ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهَا لَا تُرَدُّ بِفَاحِشِ الْقَرَعِ كَالْجَرَبِ خِلَافًا لِابْنِ حَبِيبٍ.

ابْنُ رُشْدٍ: وَابْنُ حَبِيبٍ يَرَى رَدَّ الْقَرْعَاءِ وَالسَّوْدَاءِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: نَقَلَهُ عَنْهُ اللَّخْمِيُّ بِشَرْطِ كَوْنِهَا مِنْ بِيضٍ.

وَفِي الْجَلَّابِ: تُرَدُّ مِنْ نَتِنِ الْفَرْجِ، فَعَلَى هَذَا تُرَدُّ بِالْبَخَرِ وَالْخَشَمِ وَهُوَ نَتِنِ الْأَنْفِ؛ لِأَنَّ نَتِنَ الْأَعْلَى أَوْلَى بِالرَّدِّ. اهـ.

وَالزَّوْجُ حَيْثُ لَمْ يَجِدْهَا بِكْرًا لَمْ يَرْجِعْ إلَّا بِاشْتِرَاطِ عُذْرًا مَا لَمْ يُزِلْ عُذْرَتَهَا نِكَاحٌ مُكْتَتَمٌ، فَالرَّدُّ مُسْتَبَاحٌ، يَعْنِي أَنَّ مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا بِكْرٌ فَوَجَدَهَا ثَيِّبًا، فَلَا رُجُوعَ

---

(١) المدونة ٢/١٤٣.

(٢) التاج والإكليل ٣/٤٨٦.

لَهُ؛ لِأَنَّ الْبِكْرَ فِي اللُّغَةِ هِيَ الَّتِي لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَيْهَا نِكَاحٌ قَطُّ وَهَذِهِ كَذَلِكَ، وَلَا يَدُلُّ لَفْظُ بِكْرٍ عَلَى كَوْنِهَا عَذْرَاءَ، وَهِيَ الَّتِي بِخَاتَمِ رَبِّهَا هَذَا لَفْظُ الشَّارِحِ، فَإِنْ كَانَ زَوَالُ عُذْرَتِهَا بِنِكَاحٍ كَتَمُوهُ عَنِ الزَّوْجِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَلَهُ رَدُّهَا؛ إِذْ لَيْسَتْ بِكْرًا حِينَئِذٍ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَالزَّوْجُ حَيْثُ لَمْ يَجِدْهَا بِكْرًا لَمْ يَرْجِعْ». ثُمَّ قَالَ: «مَا لَمْ يُزِلْ عُذْرَتَهَا نِكَاحٌ».

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت تَزَوَّجَهَا وَهُوَ لَا يَعْرِفُهَا، فَإِذَا هِيَ عَمْيَاءُ أَوْ عَوْرَاءُ أَوْ قَطْعَاءُ أَوْ شَلاَّءُ أَوْ مُقْعَدَةُ الْبَيْتِ، وَأَمَّا مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا عَذْرَاءُ فَوَجَدَهَا ثَيِّبًا غَيْرَ عَذْرَاءَ، فَلَهُ الرُّجُوعُ. وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «إِلَّا بِاشْتِرَاطِ عَذْرَاء».

الْمَوَّاقِ: عَنْ ابْنِ عَرَفَةَ: لَوْ شَرَطَ أَنَّهَا عَذْرَاءُ فَوَجَدَهَا ثَيِّبًا غَيْرَ عَذْرَاءَ، فَلَهُ رَدُّهَا اتِّفَاقًا، وَفِي كَوْنِ شَرْطِ أَنَّهَا بِكْرٌ كَذَلِكَ وَلَغْوُهُ قَوْلَانِ، وَالَّذِي عَوَّلَ عَلَيْهِ ابْنُ فَتْحُونٍ وَصَوَّبَهُ، وَأَخَذَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنْ الْمُتَأَخِّرِينَ وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ وَقَالَهُ أَشْهَبُ: أَنْ لَا رَدَّ لَهُ بِذَلِكَ. اهـ[1].

الْحَطَّابُ: وَعَلَى عَدَمِ رَدِّهَا بِالثُّيُوبَةِ فِي الدُّخُولِ عَلَى أَنَّهَا بِكْرٌ، قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ عَنْ الْمُتَيْطِيِّ وَابْنِ فَتْحُونٍ: لَوْ بَانَ أَنَّهَا ثَيِّبٌ مِنْ زَوْجٍ لَكَانَ لِلزَّوْجِ الرَّدُّ. اهـ[2].

ثُمَّ قَالَ الْمَوَّاقِ: ابْنُ عَرَفَةَ عَلَى رَدِّهَا بِالثُّيُوبَةِ إِنْ أَكْذَبَتْهُ فِي دَعْوَاهُ أَنَّهُ وَجَدَهَا ثَيِّبًا، فَلَهُ عَلَيْهَا الْيَمِينُ إِنْ كَانَتْ مَالِكَةً أَمْرَ نَفْسِهَا، أَوْ عَلَى أَبِيهَا إِنْ كَانَتْ ذَاتَ أَبٍ.

ابْنُ حَبِيبٍ: وَلَا يُنْظِرُهَا لِلنِّسَاءِ وَلَا تُكْشَفُ الْحُرَّةُ فِي مِثْلِ هَذَا، اُنْظُرْ إِذَا قَالَ: وَجَدْتهَا مُفْتَضَّةً. فَإِنَّهُ يَجِبُ حَدُّهُ لِلْقَذْفِ وَإِنْ ثَيِّبٌ. قَوْلُهُ -أَيْ إِنَّهَا ثَيِّبٌ- بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَمْ أَجِدْهَا بِكْرًا؛ لِأَنَّ الْعُذْرَةَ تَذْهَبُ بِغَيْرِ جِمَاعٍ. اُنْظُرْ نَوَازِلَ ابْنِ الْحَاجِّ. فَعَلَى مَا ذُكِرَ عَوَّلَ شَيْخ الشُّيُوخ ابْنُ لُبٍّ، قَالَ: وَلَا يُنْظِرُهَا الْقَوَابِلَ وَشَدَّدَ فِي ذَلِكَ.

وَمِنْ نَوَازِلِ الْبُرْزُلِيِّ: سُئِلَ الْقَابِسِيُّ عَمَّنْ اشْتَرَطَ عَذْرَاءَ فَوَجَدَهَا ثَيِّبًا، فَقَالَ: هَذَا شَيْءٌ لَا يَمْنَعُ الزَّوْجَ الْوَطْءَ، وَشَيْءٌ يَدْخُلُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَا تَشْعُرُ مِنْ لَعِبٍ أَوْ قَفْزَةٍ، وَمِنْ تَكَرُّرِ الْحَيْضِ، فَتَأْكُلُهُ الْحَيْضَةُ وَيَزُولُ الْحِجَابُ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ عَلَى كُلِّ حَالٍ. اهـ[3].

وَانْظُرْ جَوَابَ الْقَابِسِيِّ هَذَا مَعَ مَا تَقَدَّمَ عَنْ ابْنِ عَرَفَةَ أَنَّهُ لَهُ الرَّدُّ اتِّفَاقًا.

---

(١) التاج والإكليل ٣/٤٨٧.

(٢) مواهب الجليل ٥/١٥١.

(٣) التاج والإكليل ٣/٤٩١.

ثُمَّ قَالَ الْمَوَّاقِ: وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: إِنْ شَرَطَ أَنَّهَا بِكْرٌ فَأَلْفَاهَا ثَيِّبًا عَلَى ذَلِكَ، فَلاَ رَدَّ لَهُ، وَرَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ، قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَ: لِأَنَّ الْعُذْرَةَ تَذْهَبُ بِالْقَفْزَةِ وَالْحَيْضَةِ كَمَا قَالَ أَشْهَبُ: وَقَدْ تَكُونُ الْعُذْرَةُ ذَهَبَتْ بَعْدَ عَقْدِ النِّكَاحِ، فَلاَ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجَةِ شَيْءٌ.

وَسُئِلَ: الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدِ بْنُ أَبِي زَيْدٍ عَمَّنْ تَزَوَّجَ بِكْرًا ثُمَّ زَنَتْ. فَقَالَ: هَذِهِ نَازِلَةٌ نَزَلَتْ بِالزَّوْجِ وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الصَّدَاقِ إِنْ دَخَلَ، وَنِصْفُهُ إِنْ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الْمَرْأَةِ يَظْهَرُ بِهَا حَمْلٌ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا الزَّوْجُ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: هِيَ زَوْجَتُهُ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَلَا يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ وَتُحَدُّ هِيَ[١].

الْمُتَيْطِيُّ: يَنْبَغِي لِأَوْلِيَاءِ الْمَرْأَةِ تَذْهَبُ عُذْرَتُهَا بِغَيْرِ جِمَاعٍ أَنْ يُشِيعُوا ذَلِكَ وَيُشْهِدُوا بِهِ؛ لِيَرْتَفِعَ عَنْهَا الْعَارُ عِنْدَ نِكَاحِهَا. ثُمَّ قَالَ: وَيَنْبَغِي لِلْوَلِيِّ أَنْ يُعْلِمَ الزَّوْجَ عِنْدَ نِكَاحِهَا بِمَا جَرَى عَلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يُعْلِمْهُ فَقَالَ أَشْهَبُ: لَا مَقَالَ لِلزَّوْجِ. وَقَالَ أَصْبَغُ: لِلزَّوْجِ الرَّدُّ وَالرُّجُوعُ عَلَى الْأَبِ. قَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ: وَهُوَ الصَّوَابُ عِنْدِي. اهـ. كَلاَمُ الْمَوَّاقِ[٢].

تَنْبِيهَاتٌ:

الْأَوَّلُ: قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ -عَفَا اللهُ عَنْهُ بِفَضْلِهِ- تَلَقَّيْنَا مِنْ بَعْضِ شُيُوخِنَا رَحِمَهُمُ اللهُ أَنَّ الْخِلاَفَ الْمُتَقَدِّمَ فِي الرَّدِّ إِذَا لَمْ يَجِدْهَا بِكْرًا إِنَّمَا هُوَ فِي غَيْرِ عُرْفِ أَهْلِ فَاسَ، أَمَّا عُرْفُنَا الْيَوْمَ فَإِنَّ اشْتِرَاطَ الْبَكَارَةِ كَاشْتِرَاطِ كَوْنِهَا عَذْرَاءَ وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا فِي عُرْفِنَا؛ لِأَنَّهُمْ يَعْنُونَ بِالْبَكَارَةِ كَوْنَهَا عَذْرَاءَ لَا غَيْرُ، فَلِلزَّوْجِ الرَّدُّ إِذَا وَجَدَهَا ثَيِّبًا، سَوَاءٌ قَالُوا بِكْرًا أَوْ عَذْرَاءَ.

الثَّانِي: تَنَبَّهْ لِلْفَرْقِ بَيْنَ قَوْلِهِ: وَجَدْتُهَا مُفْتَضَّةً أَوْ وَجَدْتُهَا ثَيِّبًا. وَأَنَّهُ عَلَى التَّعْبِيرِ بِالِافْتِضَاضِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ وَهُوَ غَالِبُ عِبَارَتِهِمْ، يُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ.

الثَّالِثُ: فُهِمَ مِنْ قَوْلِهِمْ: إِنَّ الْعُذْرَةَ تَزُولُ بِالْقَفْزَةِ وَغَيْرِهَا كَتَكْرَارِ الْحَيْضِ فَتَأْكُلُهُ الْحَيْضَةُ وَيَزُولُ الْحِجَابُ. أَنَّ الْعُذْرَةَ سَاتِرٌ رَقِيقٌ عَلَى الْمَحِلِّ يَزُولُ بِأَدْنَى شَيْءٍ، وَهُوَ الَّذِي عَبَّرَ عَنْهُ الشَّارِحُ كَمَا تَقَدَّمَ بِخَاتَمِ رَبِّهَا.

الرَّابِعُ: فُهِمَ مِنْ قَوْلِهِمْ فِي تَوْجِيهِ عَدَمِ الرَّدِّ فِي اشْتِرَاطِ كَوْنِهَا عَذْرَاءَ، وَقَدْ تَكُونُ

---

(١) المدونة ٤/ ٥١٥.

(٢) التاج والإكليل ٣/ ٤٩١.

الْعُذْرَةُ ذَهَبَتْ بَعْد عَقْدِ النِّكَاحِ... إلَخْ. أَنْ لَا رَدَّ لِلزَّوْجِ حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّ زَوَالَهَا قَبْلَ الْعَقْدِ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الِاسْتِصْحَابُ، فَيُحْمَلُ زَوَالُهَا عَلَى الْحُدُوثِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ خِلَافُهُ.

الْخَامِسُ: أُنْظُرْ قَوْلَهُ فِيمَنْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ قَبْلَ الْبِنَاءِ: وَلَا يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ. أَيْ بِالزَّوْجِ، ظَاهِرُهُ وَلَوْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ مِنْ يَوْمِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ يُلْحَقُ بِهِ إِذَا أَتَتْ بِهِ لِذَلِكَ، وَلَا يَنْتَفِي إِلَّا بِاللِّعَانِ، وَإِنَّمَا لَا يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ إِذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

السَّادِسُ: قَوْلُ الْمُتَيْطِيِّ: يَنْبَغِي لِأَوْلِيَاءِ الْمَرْأَةِ تَذْهَبُ عُذْرَتُهَا مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ أَنْ يُشِيعُوا ذَلِكَ... إلَخْ.

قُلْت: عَلَى إِشَاعَةِ ذَلِكَ عَمَلَ الْعَامَّةُ فِيمَا يَقَعُ لَهُمْ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَا الْمُوَثِّقُونَ حَتَّى يَعْقِدُوا فِي ذَلِكَ الْوَثَائِقَ وَالسِّجِلَّاتِ، وَقَدْ وَقَفْت فِي ذَلِكَ عَلَى وَثِيقَةٍ بِخَطِّ الْإِمَامِ الْعَالِمِ الْحَسَنِ بْنِ عُثْمَانَ بْنِ عَطِيَّةَ التِّيجَانِيِّ الشَّهِيرِ الْوَنْشَرِيسِيِّ، وَقَدْ تُقْطَعُ بَعْضُ أَطْرَافِهَا لِقِدَمِهَا، وَنَصُّ مَا وَجَدْتُ سَالِمًا مِنْ ذَلِكَ: هَذَا كِتَابُ تَحْصِينٍ لِرَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يَكُونَ مِنْ الظُّنُونِ عَقَدَهُ فُلَانٌ لِابْنَتِهِ فُلَانَةَ الصَّغِيرَةِ فِي حَجْرِهِ وَوِلَايَتِهِ، وَأَمْرِهِ لِمَا جَرَى عَلَيْهَا مِنْ الْقَدَرِ الَّذِي لَا يُغَالَبُ بِالْحَذَرِ، وَذَلِكَ أَنَّهَا مَشَتْ فِي الْأَرْضِ مِشْيَةَ الصِّبْيَانِ وَلَعِبَتْ لِعْبَ أَمْثَالِهَا مِنْ الْوِلْدَانِ، فَسَقَطَتْ عَلَى حَجَرٍ أَصَابَ رَحِمَهَا وَأَسْقَطَ عُذْرَتَهَا، وَيَعْلَم مِنْ يَضَع اسْمَهُ عَقِبَ تَارِيخِهِ أَنَّهَا لِصِغَرِهَا مِمَّنْ لَا يُتَشَوَّفُ إِلَيْهَا الرِّجَالُ، فَصِغَرِ سِنِّهَا قَرِينَةُ رَفْعِ الِاحْتِمَالِ، فَلْيَكُنِ الذَّاهِبُ إِلَى نِكَاحِهَا طَيِّبُ النَّفْسِ زَهِيُّ الْبَالِ، وَأَنَّهُ رَافِعُ حِجَابَ لَمْ يُرْفَعْ لِقَضَاءِ أَرَبٍ مِنْ الْآرَابِ، وَأَنَّهَا بِكْرٌ عَوَانٌ لَمْ يَطْمِثْهَا إِنْسٌ قَبْلَهُ وَلَا جَانٌّ، وَيَشْهَدُ بِمُضْمَنِ هَذِهِ الْوَثِيقَةِ عَنْ عِلْمِ صِغَرِ الْبِنْتِ الْمَذْكُورَةِ عَلَى الْحَقِيقَةِ وَفِي كَذَا. اهـ.

وَالْقَـوْلُ قَـوْلُ الـزَّوْجِ قَبْـلَ إِلَّا بِنْتَّـا   فِي قِـــدَمِ الْعَيْـــبِ الَّـــذِي تَبَيَّنَـــا

وَالْقَـوْلُ بَعْـدُ فِي الْحُدُوثِ قَـوْلُ الْأَبْ   وَالـــزَّوْجُ إِذَا ذَاكَ بَيَانُـــهُ وَجَـــبْ

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ وَاخْتَلَفَتْ مَعَ الزَّوْجِ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّ الْعَيْبَ قَدِيمٌ يُوجِبُ لَهُ الْخِيَارُ، وَادَّعَتْ الزَّوْجَةُ حُدُوثَهُ، فَيَكُونُ مُصِيبَةٌ بِالزَّوْجِ، فَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا قَبْلَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي قِدَمِهِ، وَعَلَى الزَّوْجَةِ بَيَانُ كَوْنِهِ حَادِثًا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ فِي حُدُوثِهِ أَوْ قَوْلُ أَبِيهَا، وَعَلَى الزَّوْجِ بَيَانُ كَوْنِهِ

قَدِيمًا، وَعَلَيْهِ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَالزَّوْجُ إِذْ ذَاكَ بَيَانُهُ وَجَبْ».

فَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: أُنْظُرْ إِذَا ظَهَرَ بِالزَّوْجَةِ جُذَامٌ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ بِهَا قَدِيمًا، وَقَالَ الْأَب بَلْ حَدَّثَ بِهَا، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ وَعَلَى الْأَبِ الْبَيِّنَةُ بِحُدُوثِهِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَبِ وَعَلَى الزَّوْجِ الْبَيِّنَةُ قِيَاسًا عَلَى الْبُيُوعِ فِيمَا وَجَدَ مِنْ عَيْبِ السِّلْعَةِ، فَاخْتُلِفَ فِيهِ الْحُكْمُ فِيهِمَا سَوَاءٌ. ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ رُشْدٍ فِي سَمَاعِ عِيسَى مِنْ الشَّرْحِ، وَقَدْ وَهَمَ ابْنُ فَتْحُونٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَنَحْوِ هَذَا الْفِقْهِ فِي المَوَّاقِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ.

قَالَ الشَّارِحُ: هَلْ يُرِيدُ بِالْبَيِّنَةِ إِقَامَةَ شَهَادَةٍ بِأَنَّ الْعَيْبَ بِهَا قَدِيمٌ أَوْ حَادِثٌ، أَوْ شَهَادَةُ أَهْلِ المَعْرِفَةِ بِأَنَّهُ قَدِيمٌ أَقْدَمُ مِنْ أَمَدِ الْعَقْدِ، أَوْ حَادِثٌ بَعْدَ الْعَقْدِ، أَوْ مُحْتَمَلٌ كَالشَّهَادَةِ فِي الرَّقِيقِ وَفِي الدَّوَابِّ، هَذَا مِمَّا يُحْتَمَلُ، وَلَمْ أَرَ فِيهِ شَيْئًا. اهـ.

وَقَوْلُهُ: «وَالْقَوْلُ بَعْدُ» أَيْ بَعْدَ الْبِنَاءِ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ: «قَبْلَ الاِبْتِنَاءِ» وَلَفْظُ «الْأَبِ» أَيْ: أَبو الزَّوْجَةِ، يَقْرَأُ بِنَقْلِ حَرَكَةِ الْهَمْزَةِ لِلسَّاكِنِ قَبْلَهَا، وَالْإِشَارَةُ فِي قَوْلِهِ: «إِذْ ذَاكَ» لِكَوْنِ الاِخْتِلاَفِ بَعْدَ الْبِنَاءِ.

كَـذَا بِـرَدِّ ذِي انْتِسَابٍ أُلْفِيَا ... لِغَيَّـةٍ أَوْ مُسْتَرَقًّا قُضِيَا

يَعْنِي كَمَا يَقْضِي لِلزَّوْجَةِ بِحُدُوثِ عَيْبِهَا المُتَنَازِعِ فِيهِ بَعْدَ الْبِنَاءِ، كَذَلِكَ يَقْضِي لَهَا بِرَدِّ الزَّوْجِ إِذَا تَزَوَّجَتْهُ عَلَى أَنَّهُ ذُو نَسَبٍ فَوَجَدَتْهُ لا نَسَبَ لَهُ أَيْ وَلَدُ زِنًا، وَهُوَ قَوْلُهُ: لِغَيَّةٍ. أَيْ لِزَنْيَةٍ، وَهُوَ بِفَتْحِ الْغَيْنِ المُعْجَمَةِ وَتَشْدِيدِ الْيَاءِ مِنْ الْغَيِّ، وَحَكَى بَعْضُ اللُّغَوِيِّينَ كَسْرَ الْغَيْنِ، أَوْ تَزَوَّجَتْهُ وَهِيَ حُرَّةٌ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ فَوَجَدَتْهُ عَبْدًا أَوْ فِيهِ شَائِبَةُ رِقٍّ، فَلَهَا الْخِيَارُ فِي رَدِّهِ، وَالرِّضَا بِهِ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ عَكْسُ المَسْأَلَتَيْنِ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا ذَاتُ نَسَبٍ فَوَجَدَهَا بِنْتَ زِنًا فَهُوَ مُخَيَّرٌ أَيْضًا، كَذَلِكَ مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَجَدَهَا أَمَةً.

أَمَّا مَسْأَلَةُ وُجُودِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَلَدَ زِنًا، فَفِي المُقَرَّبِ فِي وُجُودِ المَرْأَةِ بِنْتَ زِنًا أَنَّ مَالِكًا سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَأَصَابَهَا لِزَنْيَةٍ، فَقَالَ: إِنْ كَانُوا زَوَّجُوهَا مِنْهُ عَلَى النَّسَبِ فَأَرَى لَهُ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانُوا لَمْ يُزَوِّجُوهَا مِنْهُ عَلَى نَسَبٍ فَلاَ خِيَارَ لَهُ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَأَرَى لَهَا المَهْرَ عَلَيْهِ إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَى مَنْ عَقَدَهَا، إِلَّا

أَنْ لَا يَكُونَ غَرَّهُ مِنْهَا أَحَدٌ، وَهِيَ الَّتِي غَرَّتْ مِنْ نَفْسِهَا فَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَيْهَا. اهـ(١).

وَفِيهِ أَيْضًا فِي وُجُودِ الرَّجُلِ ابْنَ زِنًا، وَكَذَلِكَ مِنْ تَزَوَّجَتْ عَلَى نَسَبٍ فَغَرَّهَا فَهِيَ بِالْخِيَارِ، قُلْت: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ لَغِيَّةً وَتَزَوَّجَهَا عَلَى النَّسَبِ وَعَلِمَتْ، فَقَالَ: لَهَا أَنْ تَرُدَّهُ إنْ كَانَتْ إنَّمَا تَزَوَّجَتْهُ عَلَى نَسَبٍ. اهـ.

وَأَمَّا وُجُودُ الزَّوْجِ عَبْدًا فَفِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى مِنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، سُئِلَ عَنْ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْحُرَّةَ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ، فَإِذَا هُوَ عَبْدٌ هَلْ يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ قَبْلَ أَنْ تَرْفَعَ ذَلِكَ إلَى السُّلْطَانِ؟ وَهَلْ يُفَوِّضُ إلَيْهَا السُّلْطَانُ إذَا رُفِعَ ذَلِكَ إلَيْهِ أَمْرَهَا إلَى نَفْسِهَا فَتُطَلِّقُ مَا شَاءَتْ؟ قَالَ: أَمَّا الَّذِي غَرَّ مِنْ نَفْسِهِ فَلِامْرَأَتِهِ أَنْ تَخْتَارَ قَبْلَ أَنْ تَرْفَعَ ذَلِكَ إلَى السُّلْطَانِ، فَمَا طَلَّقَتْ بِهِ نَفْسَهَا جَازَ عَلَيْهَا.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: يُرِيدُ إنَّهَا إنْ فَعَلَتْ جَازَ ذَلِكَ لَهَا إنْ كَانَ الزَّوْجُ مُقِرًّا بِأَنَّهُ غَرَّهَا(٢).

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ: وَسُئِلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مُكَاتَبٍ تَزَوَّجَ حُرَّةً فَكَانَتْ مَعَهُ سِنِينَ، ثُمَّ ادَّعَتْ أَنَّهُ غَرَّهَا مِنْ نَفْسِهِ، وَزَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَعْلَمْ حِينَ نَكَحَتْهُ أَنَّهُ مُكَاتَبٌ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: أَرَى أَنْ تَحْلِفَ أَنَّهَا لَمْ تَعْلَمْ، وَيَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ، وَمِنْ الْعَبِيدِ مَنْ يَكُونُ فِي تِجَارَتِهِ وَمَنْظَرِهِ حَالَ الْحُرِّ وَهِيَ امْرَأَةٌ فِي خِدْرِهَا لَمْ تَعْلَمْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا إنْ ادَّعَى عَلَيْهَا أَنَّهَا عَلِمَتْ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهَا قَدْ عَلِمَتْ اهـ.

وَأَمَّا وُجُودُ الزَّوْجَةِ أَمَةً فَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَفِيهَا فِي الْأَمَةِ تَغُرُّ بِالْحُرِّيَّةِ الْأَقَلُّ مِنْ صَدَاقِ الْمِثْلِ وَالْمُسَمَّى(٣).

التَّوْضِيحُ: وَالْحُكْمُ بِالْأَقَلِّ إنَّمَا هُوَ إذَا لَمْ يُمْسِكْهَا، وَأَمَّا إذَا أَمْسَكَهَا فَالْمُسَمَّى ذَكَرَهُ فِي الْجَوَاهِرِ.

وَفِي الْمَوَّاقِ: عَنْ الْمُدَوَّنَةِ: مَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا حُرَّةٌ، ثُمَّ عَلِمَ بَعْدَ أَنْ بَنَى بِهَا أَنَّهَا أَمَةٌ، أَذِنَ السَّيِّدُ أَنْ تَسْتَخْلِفَ رَجُلاً عَلَى إنْكَاحِهَا، فَلَهَا الْمُسَمَّى إلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى صَدَاقِ الْمِثْلِ فَتَرُدُّ مَا زَادَ.

---

(١) المدونة ٢/١٤٣.

(٢) البيان والتحصيل ٤/٤٨٣.

(٣) جامع الأمهات ص ٢٧٣.

ابْنُ يُونُسَ: بَيَانُهُ أَنَّ لَهَا الْأَقَلَّ مِنْ الْمُسَمَّى أَوْ صَدَاقِ الْمِثْلِ، وَلَهُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى نِكَاحِهَا. اهـ[1].

وَ«لِغَيَّةٍ» يَتَعَلَّقُ بِـ«أُلْفِيَا» وَهُوَ فِي مَحَلِّ الْمَفْعُولِ الثَّانِي لِأُلْفِيَا بِمَعْنَى وُجِدَ، وَ«مُسْتَرَقًّا» مَعْطُوفُ عَلَى مَحَلِّ «لَغَيَّةً».

(١) التاج والإكليل ٣/٤٩٤.

فصل في الإيلاء والظهار

وَمَــــنْ لِـــوَطْءِ بِيَمِـــينِ مَنْعَـــهْ لِزَوْجَـــةٍ فَـــوْقَ شُـــهُورٍ أَرْبَعَـــهْ

فَــذَلِكَ المُــولِي وَتَأْجِيــلٌ وَجَــبْ لَــــهُ إِلَى فَيْئَتِــــهِ لِــــمَا اجْتَنَــــبْ

ابْنُ عَرَفَةَ: الْإِيلاَءُ حَلِفُ زَوْجٍ عَلَى تَرْكِ وَطْءِ زَوْجَتِهِ يُوجِبُ خِيَارَهَا فِي طَلاَقِهِ[١].

الرَّصَّاع: كَذَا قَالَ الشَّيْخُ، ثُمَّ اعْتَرَضَ عَلَى ابْنِ الْحَاجِبِ رَسْمَهُ فِي قَوْلِهِ: الْحَلِفُ بِيَمِينٍ يَتَضَمَّنُ تَرْكَ وَطْءِ الزَّوْجَةِ غَيْرِ المُرْضِعِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، يَلْزَمُ الْحِنْثُ فِيهَا حُكْمًا[٢].

فَقَوْلُهُ: الْحَلِفُ... إِلَخْ. الْإِيلاَءُ فِي اللُّغَةِ هُوَ الْيَمِينُ مُطْلَقًا، وَقِيلَ: هُوَ الِامْتِنَاعُ، ثُمَّ أُسْتُعْمِلَ فِي امْتِنَاعٍ خَاصٍّ، وَكَأَنَّ الشَّيْخَ ابْنَ الْحَاجِبِ فَهِمَ أَنَّ الْإِيلاَءَ اللُّغَوِيَّ أُسْتُعْمِلَ شَرْعًا فِي بَعْضِ مَدْلُولِهِ بِنَقْلٍ أَوْ تَخْصِيصٍ.

وَقَوْلُهُ: يَتَضَمَّنُ. أَشَارَ بِهِ إِلَى التَّضَمُّنِ اللُّغَوِيِّ الَّذِي يَعُمُّ الدَّلاَلاَتِ الثَّلاَثَ.

وَقَوْلُهُ: تَرْكُ وَطْءِ الزَّوْجَةِ. خَرَجَ بِهِ إِذَا حَلَفَ عَلَى غَيْرِ تَرْكِ الْوَطْءِ، وَزَادَ: غَيْرَ المُرْضِعِ. لِيُخْرِجَ بِهِ صُورَةَ الرَّضَاعِ، فَإِنَّهُ لَمْ يُرِدْ ضَرَرًا عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ: وَأَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ. أَخْرَجَ بِهِ مَا إِذَا حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةٍ فَمَا دُونَهَا.

وَقَوْلُهُ: يَلْزَمُ الْحِنْثُ فِيهَا حُكْمًا. أَخْرَجَ بِهِ: إِنْ وَطِئْتُكِ فَعَلَيَّ أَنْ أَمْشِيَ إِلَى السُّوقِ. أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَلْزَمُ شَرْعًا، ثَمَّ ذَكَرَ وَجْهَ بَحْثِ ابْنِ عَرَفَةَ مَعَ ابْنِ الْحَاجِبِ، وَأَطَالَ فِي ذَلِكَ، فَرَاجِعْهُ إِنْ شِئْتَ.

ثُمَّ قَالَ الرَّصَّاع فِي حَدِّ ابْنِ عَرَفَةَ المُتَقَدِّمِ: قَوْلُهُ: يُوجِبُ خِيَارَهَا فِي طَلاَقِهِ. أَخْرَجَ بِهِ مَا إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَأَقَلَّ، فَإِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا فِي ذَلِكَ، وَاللهُ أَعْلَمُ[٣].

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَشَرْطُ المُولِي أَنْ يَكُونَ زَوْجًا مُسْلِمًا مُكَلَّفًا يُتَصَوَّرُ وِقَاعُهُ وَقَالَ أَصْبَغُ: يَصِحُّ إِيلاَءُ الْخَصِيِّ وَالمَجْبُوبِ، وَيَصِحُّ مِنْ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ وَالصَّحِيحِ وَالمَرِيضِ. اهـ[٤].

---

(١) التاج والإكليل ٤/١٠٦.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٤١٨، وجامع الأمهات ص ٣٠٦.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ١/٤١٨.

(٤) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

وَإِلَى حَدِّ الْإِيلاَءِ وَبَعْضِ أَحْكَامِهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْبَيْتَيْنِ، وَيَأْتِي الْكَلاَمُ عَلَى حَدِّ الظِّهَارِ إِنْ شَاءَ اللهُ، يَعْنِي أَنَّ مَنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْءِ زَوْجَتِهِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ، وَهَذَا إِنْ كَانَ حُرًّا، وَأَمَّا الْعَبْدُ فَبِأَكْثَرَ مِنْ شَهْرَيْنِ، وَالْحُكْمُ أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ ذَلِكَ يُؤَجَّلُ الزَّوْجُ كَمَا يَأْتِي، فَإِنْ فَاءَ -أَيْ رَجَعَ- لِمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ وَهُوَ الْوَطْءُ وَوَطِئَ دَاخِلَ الْأَجَلِ، انْحَلَّ عَنْهُ الْإِيلاَءُ وَكَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا تُكَفَّرُ، وَإِنِ انْقَضَى الْأَجَلُ وَلَمْ يَفِئْ وَقَفَهُ الْقَاضِي، فَإِمَّا فَاءَ وَإِلَّا طَلَّقَ عَلَيْهِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَإِذَا آلَى حُرٌّ مِنِ امْرَأَتِهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَدُونَ، أَوْ عَبْدٌ شَهْرَيْنِ فَدُونَ، فَلاَ حُكْمَ لَهُ، فَإِنْ زَادَ إِيلاَءُ الْحُرِّ أَوْ الْعَبْدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ كَانَ مُبْهَمًا لَمْ يُوَقِّتْهُ بِمُدَّةٍ، أَوْ قَدْ مَضَى لَهُ نَحْوُ ذَلِكَ، فَالزَّوْجَةُ مُخَيَّرَةٌ بَيْنَ الصَّبْرِ عَلَيْهِ أَوْ طَلَبِ الْوَاجِبِ لَهَا فِي الْفَيْئَةِ، أَوْ الطَّلاَقِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَمْنَعْ مِنَ الْوَطْءِ مَانِعٌ. اهـ.

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ لِلْعَبْدِ[1].

وَأَجَلُ الْإِيلاَءِ مِنْ يَوْمِ الْحَلِفْ ... وَحَانِثٌ مِنْ يَوْمِ رَفْعِهِ أُوْتُنِفْ

يَعْنِي أَنَّ فِي ابْتِدَاءِ ضَرْبِ الْأَجَلِ لِلْمُولِي تَفْصِيلاً، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى بِرٍّ كَلاَ وَطِئْتُ، فَابْتِدَاءُ الْأَجَلِ لَهُ مِنْ يَوْمِ الْحَلِفِ.

وَإِنْ كَانَتْ عَلَى حِنْثٍ قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَدْخُلِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ. فَابْتِدَاؤُهُ مِنْ يَوْمِ الرَّفْعِ وَالْحُكْمِ.

التَّوْضِيح: وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمُولِيَ حَقِيقَةً أَجَلِهِ مِنْ يَوْمِ الْيَمِينِ، وَأَمَّا مَنْ أُلْحِقَ بِهِ فَأَجَلُهُ مِنْ يَوْمِ الرَّفْعِ، وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَقِيلَ: إِنَّ أَجَلَهُ مِنْ يَوْمِ الْيَمِينِ كَالْأَوَّلِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَلْحَقُ بِالْمُولِي مَنْ مُنِعَ مِنْهَا لِشَكٍّ[2].

التَّوْضِيحُ: أَيْ كُلُّ مَنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى حِنْثٍ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَدْخُلِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الطَّلاَقِ: وَإِنْ كَانَ فِيمَا يُمْكِنُ دَعْوَى تَحْقِيقِهِ... إِلَخْ. هَكَذَا كَانَ شَيْخُنَا يُقَرِّرُ هَذَا الْمَحَلَّ، وَهُوَ الَّذِي يُؤْخَذُ مِنْ كَلاَمِهِ فِي الْجَوَاهِرِ، وَمَثَّلَ ابْنُ

---

(١) مختصر خليل ص ١٢٣.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

رَاشِدٍ مَنْ مُنِعَ مِنْهَا لِشَكٍّ بِهَا إِذَا قَالَ لِامْرَأَتَيْهِ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ. وَقَالَ: نَوَيْتُ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً وَنَسِيتُ عَيْنَهَا. فَإِنَّهُ يُوقَفُ رَجَاءَ أَنْ يَتَذَكَّرَ، فَلَوْ طَالَ وَقَامَتَا عَلَيْهِ فَكَالْمُولِي.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ عَاطِفًا عَلَى الْمُلْحَقِ بِالْمُولِي: وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ الْوَطْءِ لِغَيْرِ عِلَّةٍ وَعُرِفَ مِنْهُ حَاضِرًا أَوْ مُسَافِرًا[1].

التَّوْضِيح: أَيْ عُرِفَ مِنْهُ أَنَّهُ يَمْتَنِعُ لِعِلَّةٍ، ثُمَّ قَالَ: وَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مَرْوِيٌّ عَنْ مَالِكٍ، لَكِنَّهُ خِلَافٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَإِنَّ الْمَشْهُورَ -وَهُوَ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ- أَنَّ لَهَا أَنْ تَقُومَ بِالْفِرَاقِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ ضَرَرُهُ طَلُقَتْ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرْبِ أَجَلٍ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ عَاطِفًا عَلَى مَا ذَكَرَ: وَمَنْ احْتَمَلَتْ مُدَّةُ يَمِينِهِ أَقَلَّ[2].

التَّوْضِيح: كَمَا لَوْ قَالَ: وَاللهِ لَا وَطِئْتُكِ حَتَّى يَمُوتَ زَيْدٌ. وَنَحْوَ ذَلِكَ، قَالَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: إِلَّا أَنَّ أَجَلَهُمْ مِنْ يَوْمِ الرَّفْعِ وَالْأَوَّلُ مِنْ يَوْمِ الْحَلِفِ[3].

التَّوْضِيح: الضَّمِيرُ مِنْ أَجَلِهِمْ عَائِدٌ عَلَى مَنْ أُلْحِقَ بِالْمُولِي، وَقَوْلُهُ: وَالْأَوَّلُ مِنْ يَوْمِ الْحَلِفِ. أَيْ: مَنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ.

وَعَلَى مَا قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: بِإِسْقَاطِ مَنْ امْتَنَعَ مِنْ الْوَطْءِ لِغَيْرِ عِلَّةٍ[4]. لِكَوْنِهِ يُطَلَّقُ عَلَيْهِ بِلاَ ضَرْبِ أَجَلٍ.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ ذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ، حَيْثُ قَالَ: وَالْأَجَلُ مِنْ الْيَمِينِ إِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ صَرِيحَةً فِي تَرْكِ الْوَطْءِ، لَا إِنْ احْتَمَلَتْ مُدَّةً أَقَلَّ أَوْ حَلَفَ عَلَى حِنْثٍ، فَمِنْ الرَّفْعِ وَالْحُكْمِ[5].

وَيَقَعُ الطَّلاَقُ حَيْثُ لَا يَفِي	إِلَّا عَلَى ذِي الْعُذْرِ فِي التَّخَلُّفِ

يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا انْقَضَى أَجَلُ الْمُولِي وَلَمْ يَفِئْ أَيْ لَمْ يَطَأْ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ عَلَيْهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ عُذْرٌ كَالْمَرِيضِ وَالْمَسْجُونِ وَالْغَائِبِ، فَلاَ تَطْلُقُ بِنَفْسِ انْقِضَاءِ الْأَجَلِ، بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

(٣) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

(٤) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

(٥) مختصر خليل ص ١٢٣.

يُمْكِنَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ أَمْكَنَهُ وَلَمْ يَفْعَلْ طَلُقَتْ عَلَيْهِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلِلزَّوْجَةِ الْمُطَالَبَةُ إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ فَيَأْمُرُ الْحَاكِمُ بِالْفَيْئَةِ أَوْ الطَّلَاقِ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ عَلَيْهِ(١).

التَّوْضِيح: إِذَا وَقَفَ الْمُولِي فَلَهُ حَالَتَانِ:

الْأُولَى: أَنْ يَقُولَ: لَا أَطَأُ. وَالْحُكْمُ فِيهَا أَنْ يُطَلِّقَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ تَلَوُّمٍ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَقُولَ: أَطَأُ. فَهَذَا يُتَلَوَّمُ لَهُ فِيهَا وَيُخْتَبَرُ مَرَّةً، فَإِنْ تَبَيَّنَ كَذِبُهُ طَلَّقَ عَلَيْهِ.

وَالْفَيْئَةُ تَغَيُّبُ الْحَشَفَةِ فِي الْقُبُلِ فِي التَّثْبِيتِ، وَافْتِضَاضُ الْبِكْرِ طَائِعًا عَاقِلاً. قَالَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ مَحْبُوسًا أَوْ غَائِبًا، فَتُكَفَّرُ الْيَمِينُ عَلَى الْمَشْهُورِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا تُكَفَّرُ قَبْلَ الْحِنْثِ كَالْيَمِينِ بِاللهِ، أَوْ تَعْجِيلِ الْحِنْثِ كَعِتْقِ الْعَبْدِ أَوْ إِبَانَةِ الزَّوْجَةِ الْمَحْلُوفِ بِهِمَا، فَإِنْ أَبَوْا طَلَّقَ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا تُكَفَّرُ قَبْلَهُ كَصَوْمٍ لَمْ يَأْتِ أَوْ يَمِينٍ لَا يَنْفَعُ فِيهِ تَعْجِيلُ الطَّلَاقِ كَطَلَاقٍ فِيهِ رَجْعَةٌ فِيهَا أَوْ فِي غَيْرِهَا، فَالْفَيْئَةُ الْوَعْدُ، وَيَبْعَثُ إِلَى الْغَائِبِ وَلَوْ عَلَى شَهْرَيْنِ مَسِيرَةً. وَقَالَ سَحْنُونٌ: الْأَكْثَرُ أَنَّ الْوَعْدَ كَافٍ إِلَى أَنْ يُمْكِنَهُمْ الْوَطْءُ، فَإِنْ لَمْ يَطَئُوا طَلَّقَ عَلَيْهِمْ. اهـ(٢). أُنْظُرْ التَّوْضِيحَ.

وَعَادِمٌ لِلْوَطْءِ لِلنِّسَاءِ   لَيْسَ لَهُ كَالشَّيْخِ مِنْ إِيلَاءِ

يَعْنِي أَنَّ الْعَاجِزَ عَنْ الْوَطْءِ كَالشَّيْخِ الْعَاجِزِ عَنْ الْجِمَاعِ لَا إِيلَاءَ لَهُ، وَدَخَلَ تَحْتَ الْكَافِ الْخَصِيُّ وَالْمَجْبُوبُ وَمَنْ قُطِعَ ذَكَرُهُ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ الشَّيْخَ الْكَبِيرَ الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ إِذَا آلَى مِنْ امْرَأَتِهِ أَيُوقَفُ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؟ قَالَ: لَا، وَإِنَّمَا الْإِيلَاءُ عَلَى مَنْ يَسْتَطِيعُ الْفَيْئَةَ بِالْجِمَاعِ، وَكَذَلِكَ الْخَصِيُّ الَّذِي لَا يَطَأُ، وَمِثْلُهُمَا الَّذِي يُولِي مِنْ امْرَأَتِهِ ثُمَّ يُقْطَعُ ذَكَرُهُ، فَلَيْسَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ تَوْقِيفٌ. اهـ.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ: فِي عَدِّ شُرُوطِ الْمُولِي أَنْ يَكُونَ يُتَصَوَّرُ وِقَاعُهُ، وَقَالَ أَصْبَغُ: يَصِحُّ إِيلَاءُ الْخَصِيِّ وَالْمَجْبُوبِ(٣).

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٠٧.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٠٨.

(٣) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

التَّوْضِيح: لِأَنَّ لِلزَّوْجَةِ مَنْفَعَةً فِيمَا آلَى عَنْهُ مِنَ الْمُضَاجَعَةِ وَالْمُبَاشَرَةِ وَلِذَلِكَ تَزَوَّجَتْهُ، فَإِذَا قَطَعَ عَنْهَا ذَلِكَ وَجَبَ أَنْ تُوَقِّفَهُ. قَالَ: وَأَمَّا إِذَا أَقْعَدَهُ الْكِبَرُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَحَرُّكٌ فَيَقْطَعُهُ عَنْهَا. اهـ.

وَأَجَـلُ الْمُـولِي شُـهُورٌ أَرْبَعَـهْ	وَاشْـتَرَكَ التَّـارِكُ لِلْـوَطْءِ مَعَـهُ
فِي ذَاكَ حَيْثُ التَّرْكُ قَصْدٌ لِلضَّرَرْ	مِـنْ بَعْـدِ زَجْـرِ حَـاكِمٍ وَمَـا ازْدَجَـرْ
بَعْـدَ تَلَـوُّمٍ وَفِي الظِّهَـارِ	لِمَـنْ أَبَـى التَّكْفِـيرَ ذَاكَ جَـارِ
وَأَجَـلُ الْمُظَـاهِرِ الْمَـأْثُورُ	مِـنْ يَـوْمِ رَفْعِـهِ هُـوَ الْمَشْهُورُ
مِـنْ بَعْـدِ أَنْ يُـؤْمَرَ بِـالتَّكْفِيرِ	وَهْـيَ عَـلَى التَّرْتِيـبِ لَا التَّخْيِـيرِ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ عَلَى خَمْسِ مَسَائِلَ:

الْأُولَى: أَنَّ مَنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْءٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَهُوَ الْمُسَمَّى بِالْمُولِي، فَإِنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ الْآيَةَ [البقرة: ٢٢٦]. فَهَذَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِهِ: «وَتَأْجِيلٌ وَجَبَ لَهُ إِلَى فَيْئَتِهِ لِمَا اجْتَنَبْ» وَهَذَا لِلْحُرِّ، أَمَّا لِلْعَبْدِ فَأَجَلُ إِيلَائِهِ شَهْرَانِ كَمَا يَأْتِي لِلْمُؤَلِّفِ.

الثَّانِيَةُ: مَنْ امْتَنَعَ مِنْ الْوَطْءِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ بَلْ لِقَصْدِ الضَّرَرِ بِالزَّوْجَةِ، فَتَرْفَعُ أَمْرَهَا إِلَى السُّلْطَانِ فَيَزْجُرُهُ عَنْ فِعْلِهِ، فَإِذَا لَمْ يَنْزَجِرْ تُلُوِّمَ لَهُ، ثُمَّ ضُرِبَ لَهُ أَجَلُ الْمُولِي، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَاشْتَرَكَ التَّارِكُ لِلْوَطْءِ مَعَهُ» أَيْ: مَعَ الْمُولِي فِي ذَلِكَ هُوَ التَّأْجِيلُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَيَلْحَقُ بِالْمُولِي مَنْ مَنَعَ مِنْهَا الشَّكَّ، وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ الْوَطْءِ لِغَيْرِ عِلَّةٍ... إِلَخْ[1]. فَذَهَبَ النَّاظِمُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَأَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمُولِي وَيُضْرَبُ لَهُ الْأَجَلُ وَلَكِنْ بَعْدَ التَّلَوُّمِ مِنْ غَيْرِ ضَرْبٍ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ تَرَكَ وَطْءَ زَوْجَتِهِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ وَلَا إِيلَاءٍ لَمْ يُتْرَكْ، إِمَّا وَطِئَ أَوْ طَلَّقَ، يُرِيدُ وَيُتَلَوَّمُ لَهُ بِمِقْدَارِ أَجَلِ الْإِيلَاءِ أَوْ أَكْثَرَ. اهـ.

الثَّالِثَةُ: الْمُظَاهِرُ مِنْ زَوْجَتِهِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ التَّكْفِيرِ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الْإِيلَاءُ وَتَطْلُقُ

(١) جامع الأمهات ص ٣٠٦.

عَلَيْهِ بَعْدَ أَجَلِهِ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ لِلْحُرِّ وَشَهْرَانِ لِلْعَبْدِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي الظِّهَارِ لِمَنْ أَبَى التَّكْفِيرَ ذَاكَ جَارٍ» وَالْإِشَارَةُ بِذَلِكَ لِلتَّأْجِيلِ.

وَمِنَ الْمُقَرِّبِ: قُلْتُ: هَلْ يَدْخُلُ الْإِيلَاءُ عَلَى الظِّهَارِ؟ قَالَ: نَعَمْ إِذَا كَانَ يَقْدِرُ عَلَى الْكَفَّارَةِ فَلَمْ يُكَفِّرْ وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرُ وَقَفَ، فَإِمَّا أَنْ يُكَفِّرَ وَإِمَّا طَلُقَتْ عَلَيْهِ إِذَا طَلَبَتْ زَوْجَتُهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ فِي تَرْكِ الْكَفَّارَةِ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَيْهَا مُضَارٌّ بِهَا، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ.

الرَّابِعَةُ: اُخْتُلِفَ فِي ابْتِدَاءِ أَجَلِ الْإِيلَاءِ لِلْمُظَاهِرِ هَلْ هُوَ مِنْ يَوْمِ رَفْعِهَا لِلْحَاكِمِ؟ وَهُوَ لِمَالِكٍ وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَلَى مَا قَالَ النَّاظِمُ، أَوْ مِنْ يَوْمِ الْيَمِينِ؟ وَهُوَ فِي الْمَوَّازِيَّةِ وَعَلَيْهِ اخْتَصَرَ الْبَرَاذِعِيُّ وَغَيْرُهُ.

الْمُدَوَّنَة: وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلٌ ثَالِثٌ أَنَّ الْأَجَلَ مِنْ يَوْمِ تَبَيُّنِ ضَرَرِهِ، وَقِيلَ: وَهُوَ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ.

وَقَدْ حَكَى هَذِهِ الثَّلَاثَةَ صَاحِبُ الْمُخْتَصَرِ حَيْثُ قَالَ: وَهَلْ الْمُظَاهِرُ إِنْ قَدَرَ عَلَى التَّكْفِيرِ وَامْتَنَعَ كَالْأَوَّلِ وَعَلَيْهِ اُخْتُصِرَتْ، أَوْ كَالثَّانِي وَهُوَ الْأَرْجَحُ، أَوْ مِنْ تَبَيُّنِ الضَّرَرِ وَعَلَيْهِ تُؤُوِّلَتْ أَقْوَالٌ[1].

الْخَامِسَةُ: أَنَّ كَفَّارَةَ الظِّهَارِ عَلَى التَّرْتِيبِ لَا عَلَى التَّخْيِيرِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ الْآيَةَ [المجادلة: ٣].

التَّوْضِيح: لَا خِلَافَ فِي تَرْتِيبِهَا وَأَنَّ الْعِتْقَ أَوَّلًا، ثُمَّ الصِّيَامَ ثُمَّ الْإِطْعَامَ، فَقَوْلُهُ: «فِي ذَاكَ» أَيْ التَّأْجِيلِ، وَ«مِنْ بَعْدِ زَجْرِ حَاكِمٍ» وَ«بَعْدَ تَلَوُّمٍ» يَتَعَلَّقَانِ بِمَحْذُوفٍ حَالٍ مِنْ قَوْلِهِ: «ذَاكَ» أَيْ: يَشْتَرِكُ التَّارِكُ لِلْوَطْءِ مَعَ الْمُولِي فِي التَّأْجِيلِ كَائِنًا أَوْ حَالَةَ كَوْنِهِ أَيْ التَّأْجِيلِ بَعْدَ شَيْئَيْنِ بَعْدَ زَجْرِ حَاكِمٍ وَبَعْدَ تَلَوُّمٍ.

كَــذَاكَ أَيْــضًا مَــا لَــهُ ظِهَــارُ ... مَــنْ لَا عَــلَى الْــوَطْءِ لَــهُ اقْتِــدَارُ

قَوْلُهُ: «كَذَاكَ...» الْبَيْتَ. هُوَ رَاجِعٌ لِقَوْلِهِ: «وَعَادِمٌ لِلْوَطْءِ لِلنِّسَاءِ...» الْبَيْتَ. يَعْنِي كَمَا أَنَّ الشَّيْخَ وَمَنْ يُشْبِهُهُ مِمَّنْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الْوَطْءِ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ الْإِيلَاءُ، فَكَذَلِكَ الظِّهَارُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ، وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ وَقِيلَ: يَصِحُّ. وَبِهِ صَدَرَ ابْنُ الْحَاجِبِ فَقَالَ: وَيَصِحُّ ظِهَارُ الْعَاجِزِ عَنْ الْوَطْءِ لِمَانِعٍ فِيهِ أَوْ فِيهَا كَالْمَجْبُوبِ وَالرَّتْقَاءِ. وَقَالَ سَحْنُونٌ:

---

(١) مختصر خليل ص ١٢٣.

لَا يَصِحُّ. اهـ[١]. فَكَأَنَّ النَّاظِمَ ذَهَبَ عَلَى قَوْلِ سَحْنُونٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ يَكُـنْ مُظَـاهِرٌ أَوْ مُـولِي عَبْـدًا يُؤَجَّـلْ نِـصْفَ ذَا التَّأْجِيـلِ

ثُـمَّ الطَّـلَاقُ فِي انْقِـضَاءِ الْأَجَـلِ بَعْـدَ تَقَـضِّي الْمُوجِبَـاتِ الْأُوَلِ

يَعْنِي إِذَا كَانَ الْمُظَاهِرُ الَّذِي امْتَنَعَ مِنَ التَّكْفِيرِ وَدَخَلَ عَلَيْهِ الْإِيلَاءُ عَبْدًا، أَوْ كَانَ الْمُولِي مِنْ أَوَّلِ وَهْلَةٍ عَبْدًا، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُؤَجَّلُ نِصْفَ هَذَا التَّأْجِيلِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ: «وَأَجَلُ الْمُولِي شُهُورٌ أَرْبَعَهْ». وَنِصْفُهُ هُوَ شَهْرَانِ، فَإِذَا انْقَضَتْ الشَّهْرَانِ وَلَمْ يَفِئْ طَلُقَتْ عَلَيْهِ، لَكِنْ بَعْدَ ثُبُوتِ الزَّوْجِيَّةِ وَالظِّهَارِ وَالِامْتِنَاعِ مِنَ التَّكْفِيرِ وَالْإِيلَاءِ وَالْإِبَايَةِ مِنْ الْفَيْئَةِ، وَإِلَى ثُبُوتِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «بَعْدَ تَقَضِّي الْمُوجِبَاتِ الْأُوَلِ...» فَالْبَيْتُ الْأَوَّلُ مِنْ هَذَيْنِ نَظِيرُ قَوْلِهِ فِي تَأْجِيلِ الْحُرِّ: «وَأَجَلُ الْمُولِي شُهُورٌ أَرْبَعَهْ». وَالثَّانِي نَظِيرُ قَوْلِهِ فِي التَّطْلِيقِ عَلَى الْحُرِّ بَعْدَ الْأَجَلِ: «وَيَقَعُ الطَّلَاقُ حَيْثُ لَا يَفِي...» الْبَيْتَ.

وَقَوْلُهُ هُنَا: «فِي انْقِضَاءِ الْأَجَلِ» فِي بِمَعْنَى مَعَ، فَهِيَ لِلْمُصَاحَبَةِ نَحْوَ ﴿ٱدْخُلُواْ فِيٓ أُمَمٍ﴾ [الأعراف: ٣٨] أَيْ مَعَهُمْ.

(فَرْعٌ) إِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ رَقِيقًا، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا ضُرِبَ لَهُ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ أَمَةً، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا فَشَهْرَانِ وَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ حُرَّةً؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ الطَّلَاقِ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ بِالرِّجَالِ، بِخِلَافِ الْعِدَّةِ فَإِنَّهَا مُعْتَبَرَةٌ بِالنِّسَاءِ.

وَيَمْلِـكُ الرَّجْعَـةَ فِيـمَا أَصْـدَرَا مَـنْ فَـاءَ فِي الْعِـدَّةِ أَوْ مَـنْ كَفَّـرَا

يَعْنِي أَنَّ الْمُولِيَ إِذَا طُلِّقَ عَلَيْهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْأَجَلِ وَامْتِنَاعِهِ مِنْ الْفَيْئَةِ، ثُمَّ رَاجَعَ الزَّوْجَةَ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ الْمَذْكُورِ وَفَاءَ -أَيْ وَطِئَ- فِي الْعِدَّةِ أَيْضًا، فَإِنَّ رَجْعَتَهُ تَصِحُّ وَتَتِمُّ، وَبِالتَّمَامِ عَبَّرَ ابْنُ الْحَاجِبِ وَالشَّيْخُ خَلِيلٌ.

وَكَذَلِكَ الْمُظَاهِرُ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ التَّكْفِيرِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ وَدَخَلَ الْإِيلَاءُ فَطُلِّقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ رَاجَعَ الزَّوْجَةَ فِي الْعِدَّةِ وَكَفَّرَ عَنْ ظِهَارِهِ كَفَّارَةَ الظِّهَارِ الْمَعْلُومَةَ، وَذَلِكَ فِي الْعِدَّةِ أَيْضًا، فَإِنَّ رَجْعَتَهُ تَتِمُّ عَلَيْهِ أَيْضًا.

وَكَذَلِكَ الْمُولِي إِذَا كَانَتْ يَمِينُهُ مِمَّا تُكَفَّرُ قَبْلَ الْحِنْثِ كَالْيَمِينِ بِاللهِ مَثَلًا، ثُمَّ طَلَّقَ عَلَيْهِ،

(١) جامع الأمهات ص ٣٠٩.

ثُمَّ كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ فِي الْعِدَّةِ وَرَاجَعَ، فَإِنَّ رَجْعَتَهُ تَتِمُّ، وَسَوَاءٌ -وَاللهُ أَعْلَمُ- رَاجَعَ كُلٌّ مِنْهُمَا ثُمَّ كَفَّرَ أَوْ كَفَّرَ ثُمَّ رَاجَعَ، بِخِلاَفِ الْفَيْئَةِ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ الْمُرَاجَعَةِ؛ لِأَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ لَا يَجُوزُ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا بِغَيْرِ الْوَطْءِ، إِلَّا بَعْدَ الْمُرَاجَعَةِ فَضْلاً عَنْ الْوَطْءِ، لَكِنَّ رَجْعَتَهُ مُتَوَقِّفَةٌ عَلَى الْفَيْئَةِ إِنْ فَاءَ صَحَّتْ رَجْعَتُهُ وَإِلَّا فَلاَ، فَقَوْلُهُ: «مَنْ فَاءَ مِنْ الْعِدَّةِ». هُوَ خَاصٌّ بِالْمُولِي إِذَا كَانَتْ يَمِينُهُ بِطَلاَقٍ وَنَحْوِهِ. وَقَوْلُهُ: «أَوْ مَنْ كَفَّرَا» يَصِحُّ رُجُوعُهُ لِلْمُولِي إِذَا كَانَتْ يَمِينُهُ بِاللهِ وَلِلْمُظَاهِرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(فَائِدَةٌ) قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: اعْلَمْ أَنَّ كُلَّ طَلاَقٍ يُوقِعُهُ الْحَاكِمُ فَإِنَّهُ بَائِنٌ إِلَّا طَلاَقَيْنِ: طَلاَقَ الْمُولِي، وَطَلاَقَ الْمُعْسِرِ بِالنَّفَقَةِ، ثُمَّ الرَّجْعَةُ فِي الْمُولِي مُشْتَرَطَةٌ بِانْحِلاَلِ الْيَمِينِ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا طَلُقَتْ عَلَيْهِ لِلضَّرَرِ اللاَّحِقِ لَهَا بِتَرْكِ الْجِمَاعِ بِسَبَبِ الْيَمِينِ، فَلَوْ عَادَتْ إِلَيْهِ بِدُونِ الِانْحِلاَلِ لَبَقِيَ ذَلِكَ الضَّرَرُ عَلَى حَالِهِ. اهـ.

وَلِأَجْلِ اشْتِرَاطِ انْحِلاَلِ الْيَمِينِ فِي صِحَّةِ الرَّجْعَةِ قَالَ الْمُؤَلِّفُ: «مَنْ فَاءَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ مَنْ كَفَّرَا». وَإِنَّمَا يَكُونُ طَلاَقُ الْمُولِي رَجْعِيًّا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْبِنَاءِ، أَمَّا إِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَبَائِنٌ، صَرَّحَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ابْنُ الْحَاجِبِ، حَيْثُ قَالَ آخِرَ الْإِيلاَءِ: وَلَا رَجْعَةَ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا. اهـ[1].

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٠٨.

فصل في اللعان

ابْنُ عَرَفَةَ: اللِّعَانُ حَلِفُ الزَّوْجِ عَلَى زِنَا زَوْجَتِهِ، أَوْ نَفْيِ حَمْلِهَا اللاَّزِمِ لَهُ، وَحَلِفُهَا عَلَى تَكْذِيبِهِ إِنْ أَوْجَبَ نُكُولُهَا حَدَّهَا بِحُكْمِ قَاضٍ[١].

الرَّصَّاعُ: قَوْلُهُ: أَوْ نَفْيِ حَمْلِهَا. يَصْدُقُ بِنَفْيِ الْحَمْلِ وَالْوَلَدِ؛ لأَنَّ مَنْ نَفَى حَمْلاً فَقَدْ نَفَى الْوَلَدَ وَكَذَلِكَ الْعَكْسُ، وَقَوْلُهُ: اللاَّزِمِ لَهُ. أَخْرَجَ بِهِ الْحَمْلَ غَيْرَ اللاَّزِمِ لَهُ، فَإِنَّهُ لَا لِعَانَ فِيهِ، كَمَا إِذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْعَقْدِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ خَصِيًّا أَوْ مَجْبُوبًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، وَيَدْخُلُ مَا إِذَا وَضَعَتْهُ وَسَكَتَ فَإِنَّهُ لَازِمٌ لَهُ. وَقَوْلُهُ: وَحَلِفُهَا عَلَى تَكْذِيبِهِ إِنْ أَوْجَبَ نُكُولُهَا حَدَّهَا. أَخْرَجَ بِهِ مَا إِذَا حَلَفَ وَنَكَلَتْ وَلَمْ يُوجِبْ النُّكُولُ حَدَّهَا، كَمَا إِذَا غُصِبَتْ فَأَنْكَرَ وَلَدَهَا وَثَبَتَ الْغَصْبُ، فَلاَ لِعَانَ عَلَيْهَا، وَإِنَّمَا اللِّعَانُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ، وَهَذِهِ الصُّورَةُ تَرُدُّ عَلَى ابْنِ الْحَاجِبِ؛ لِأَنَّهُ صَيَّرَ اللِّعَانَ يَلْزَمُهُ يَمِينَانِ، وَزِيَادَةُ الشَّيْخِ تُخْرِجُ هَذِهِ الصُّورَةَ، وَأَنَّ حَلِفَهُمَا مَعًا مَشْرُوطٌ بِكَوْنِ نُكُولِهَا يُوجِبُ حَدَّهَا. وَقَوْلُهُ: بِحُكْمِ قَاضٍ. أَخْرَجَ بِهِ لِعَانَ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجِ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِلِعَانٍ شَرْعِيٍّ، وَيَخْرُجُ بِهِ السُّكُوتُ عَلَى وَضْعِ الْوَلَدِ، فَلاَ يَرُدُّ عَلَى الشَّيْخِ حَلِفُهُمَا مَرَّةً وَاحِدَةً، رَاجِعْ ابْنَ عَرَفَةَ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَحْكُمُ بِذَلِكَ، فَلَيْسَ بِلِعَانٍ شَرْعِيٍّ. اهـ[٢].

وَمَعْنَى قَوْلِ الرَّصَّاعِ: وَيَخْرُجُ بِهِ السُّكُوتُ... إِلَخْ. أَنَّ مَنْ وَضَعَتْ زَوْجَتُهُ وَسَكَتَ وَلَمْ يَنْفِهِ، ثُمَّ أَرَادَ نَفْيَهُ بِاللِّعَانِ فَإِنَّهُ لَا يُلاَعِنُ.

وَتَخْرُجُ هَذِهِ الصُّورَةُ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْحَدِّ: بِحُكْمِ قَاضٍ. لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَحْكُمُ بِاللِّعَانِ بَعْدَ السُّكُوتِ عَلَى الْوَضْعِ، وَكَذَا قَوْلُهُ فِي الْحَدِّ: حَلِفُ الزَّوْجِ وَحَلِفُ الزَّوْجَةِ. يُصَدَّقُ بِمَا إِذَا حَلَفَ عَلَى مَا ذَكَرَ يَمِينًا وَاحِدَةً وَحَلَفَتْ هِيَ عَلَى تَكْذِيبِهِ يَمِينًا وَاحِدَةً أَيْضًا، فَأُخْرِجَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: بِحُكْمِ قَاضٍ. لِأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِاللِّعَانِ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ فِيهِ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنَّمَا لِلزَّوْجِ أَنْ يَلْتَعِنَا ... لِنَفْيِ حَمْلٍ أَوْ لِرُؤْيَةِ الزِّنَا

مَعَ ادِّعَائِهِ لِلاسْتِبْرَاءِ ... وَحَيْضَةٍ بَيِّنَةِ الْإِجْزَاءِ

---

(١) التاج والإكليل ٤/ ١٣٢.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٤٤٠.

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ إِنَّمَا يُلاَعِنُ زَوْجَتَهُ لأَحَدِ وَجْهَيْنِ: إِمَّا لِنَفْيِ حَمْلٍ يَظْهَرُ بِهَا فَيُنْكِرُهُ وَيَدَّعِي أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ، وَإِمَّا لِكَوْنِهِ رَآهَا تَزْنِي كَالمِرْوَدِ فِي المُكْحُلَةِ، وَإِنَّمَا يُلاَعِنُ لِنَفْيِ حَمْلٍ ظَهَرَ بِهَا إِذَا اعْتَمَدَ عَلَى اسْتِبْرَائِهَا بِحَيْضَةٍ فَأَكْثَرَ، يَعْنِي أَوْ بِغَيْرِ ذَلِكَ كَمَا سَيَأْتِي، وَيَكْفِي فِي هَذَا الاِسْتِبْرَاءِ حَيْضَةٌ وَاحِدَةٌ، وَفُهِمَ مَنْ قَوْلِهِ: «وَإِنَّمَا لِلزَّوْجِ أَنْ يَلْتَعِنَا». أَنَّ السَّيِّدَ لَا يُلاَعِنُ أَمَتَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ.

وَيُشْتَرَطُ فِي المُلاَعِنِ شُرُوطٌ، ابْنُ الْحَاجِبِ: وَشَرْطُ المُلاَعِنِ أَنْ يَكُونَ زَوْجًا مُسْلِمًا مُكَلَّفًا، فَيُلاَعِنُ الْحُرُّ الْحُرَّةَ وَالأَمَةَ وَالْكِتَابِيَّةَ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ فِيهِنَّ. اهـ[١].

وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ أَنَّهُ يُعْتَمَدُ فِي نَفْيِ الْحَمْلِ عَلَى الاِسْتِبْرَاءِ هُوَ المَشْهُورُ، قَالَهُ عِيَاضٌ، وَقِيلَ: لَا يُعْتَمَدُ عَلَى ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ اُخْتُلِفَ هَلْ يُعْتَمَدُ فِي نَفْيِ الْحَمْلِ عَلَى الرُّؤْيَةِ وَحْدَهَا ثُمَّ يَظْهَرُ حَمْلٌ أَمْ لَا؟ وَكَذَلِكَ اُخْتُلِفَ هَلْ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِمَا مَعًا؛ أَعْنِي الاِسْتِبْرَاءَ وَالرُّؤْيَةَ، كَمَا إِذَا اسْتَبْرَأَهَا مِنْ وَطْئِهِ، ثُمَّ رَآهَا بَعْدَ ذَلِكَ تَزْنِي ثُمَّ ظَهَرَ حَمْلٌ؟ وَالمَشْهُورُ اعْتِمَادُهُ عَلَى الاِسْتِبْرَاءِ وَحْدَهُ كَمَا ذَكَرَ المُؤَلِّفُ وَأَحْرَى مَعَ الرُّؤْيَةِ، وَأَمَّا الرُّؤْيَةُ وَحْدَهَا فَلاَ يُعْتَمَدُ عَلَيْهَا فِي نَفْيِ الْحَمْلِ عَلَى المَشْهُورِ.

التَّوْضِيح: وَالأَظْهُر أَنَّهُ لَا يَعْتَمِد عَلَى أَحدهمَا بَلْ وَلَا عَلَيْهِمَا؛ لأَنَّهُ إِذَا كَانَتْ الْحَامِل تَحِيض يَصِحّ لَهُ النَّفْيُ، وَالْقَوْلُ باعْتِمَادِهِ عَلَى الرُّؤْيَةِ أَضْعَفُ؛ لأَنْ الْحَيْض عَلاَمَةٌ ظَنِّيَّةٌ عَلَى بَرَاءَةِ الرَّحِمِ بِخِلاَفِ رُؤْيَتِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْحَمْلِ أَلْبَتَّةَ. اهـ.

وَقَالَ قَبْلَهُ يَلِيهِ يُعْتَمَدُ فِي نَفْيِ الْوَلَدِ أَوْ الْحَمْلِ عَلَى ثَلاَثَةِ أَشْيَاءَ وَاخْتُلِفَ فِي رَابِعٍ، وَمَعْنَى اعْتِمَادِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ فِي الشَّرْعِ أَنْ يَنْفِيَ الْوَلَدَ بِذَلِكَ:

الأَوَّلُ: إِذَا لَمْ يَطَأْهَا بَعْدَ وَضْعٍ، يَعْنِي وَقَدْ طَالَ مَا بَيْنَ الْوَضْعَيْنِ، بِحَيْثُ لَا يَكُونُ الْوَلَدُ الثَّانِي مِنْ بَقِيَّةِ الأَوَّلِ.

الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ وَطِئَهَا بَعْدَ الْوَضْعِ، وَلَكِنْ بَيْنَ هَذَا الْحَمْلِ وَالإِصَابَةِ مُدَّةٌ لَا يَتَأَتَّى فِيهَا وَلَدٌ، إِمَّا لِقِلَّةِ الزَّمَانِ كَخَمْسَةِ أَشْهُرٍ وَنَحْوِهَا، وَإِمَّا لِكَثْرَتِهِ كَخَمْسِ سِنِينَ فَأَكْثَرَ.

الثَّالِثُ: إِذَا اسْتَبْرَأَهَا مِنْ وَطْئِهِ ثُمَّ رَآهَا بَعْدَ ذَلِكَ تَزْنِي، فَيُعْتَمَدُ عَلَى ذَلِكَ عَلَى المَشْهُورِ، وَحَكَى ابْنُ شَاسٍ وَغَيْرُهُ عَنْ السُّيُورِيِّ[٢] أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ بِهِمَا، قَالَ: وَحَكَى

---

(١) جامع الأمهات ص ٣١٤.

(٢) شيخ المالكية، وخاتم الأئمة بالقيروان، أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث المغربي السيوري، أحد=

الدَّاوُدِيُّ عَنْ الْمُغِيرَةِ مِثْلَهُ، ثُمَّ ذَكَرَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ الْخِلَافِ فِي الِاعْتِمَادِ عَلَى أَحَدِهِمَا فَقَطْ أَيْ الِاسْتِبْرَاءِ وَالرُّؤْيَةِ وَهُوَ الْوَجْهُ الرَّابِعُ، وَمَا ذَكَرَهُ الْمُؤَلِّفُ مِنْ الِاكْتِفَاءِ فِي الِاسْتِبْرَاءِ بِحَيْضَةٍ هُوَ الْمَشْهُورُ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالِاسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ وَقِيلَ: بِثَلَاثٍ[1].

التَّوْضِيحَ: صَرَّحَ الْبَاجِيُّ وَجَمَاعَةٌ بِمَشْهُورِيَّةِ الْأَوَّلِ، وَالْقَوْلُ بِالثَّلَاثِ لِلْمُغِيرَةِ، رُوِيَ أَيْضًا عَنْ مَالِكٍ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: إنْ كَانَتْ أَمَةً فَحَيْضَةٌ وَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَثَلَاثٌ. ثُمَّ قَالَ: (فَائِدَةٌ) لَيْسَ عِنْدَنَا حُرَّةٌ تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ إلَّا هُنَا، وَلَيْسَ لَنَا أَمَةٌ تُسْتَبْرَأُ بِثَلَاثٍ إلَّا عَلَى قَوْلِ الْمُغِيرَةِ هُنَا، وَفِيمَنْ ادَّعَى سَيِّدُهَا وَطْأَهَا فَأَتَتْ بِوَلَدٍ فَنَفَاهُ وَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ اسْتَبْرَأَهَا. اهـ.

قَوْلُهُ: لَيْسَ عِنْدَنَا حُرَّةٌ تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ إلَّا هُنَا. قِيلَ: إنَّ هَذِهِ غَفْلَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ إذَا ارْتَدَّتْ أَوْ زَنَتْ وَلَهَا زَوْجٌ، فَلَا تُقْتَلُ وَلَا تُحَدُّ إلَّا بَعْدَ حَيْضَةٍ خَوْفَ كَوْنِهَا حَامِلاً.

وَفِي ذَلِكَ يَقُولُ بَعْضُ شُيُوخِنَا:

تُسْتَبْرَأُ الْحُرَّةُ مِثْلُ الْأَمَةِ ... لَدَى اللِّعَانِ وَالزِّنَا وَالرِّدَّةِ

قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَيُسْجَنُ الْقَاذِفُ حَتَّى يَلْتَعِنْ ... وَإِنْ أَبَى فَالْحَدُّ حُكْمٌ يَقْتَرِنْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ قَذَفَ زَوْجَتَهُ فَرَمَاهَا بِزِنًى أَوْ نَفَى حَمْلَهَا فَإِنَّهُ يُلَاعِنُ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ اللِّعَانِ سُجِنَ حَتَّى يَلْتَعِنَ، فَإِنْ أَبَى فَعَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ.

فَفِي طُرُرِ ابْنِ عَاتٍ: قَالَ الْبَاجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ إذَا نَفَى وَلَدَهُ أَوْ ادَّعَى رُؤْيَةً أَنْ يُسْجَنَ حَتَّى يَلْتَعِنَ.

وَفِي الْمُقَرَّبِ: قُلْتُ لَهُ: فَإِنْ أَبَى أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ أَنْ يَلْتَعِنَ. فَقَالَ: إنْ كَانَ الرَّجُلُ أُقِيمَ

=مَن يضرب بحفظه المثل في الفقه مع الزهد، والسُّيوري نسبةً إلى عمل السيور، وهو أن يقطع الجلد سيورًا دقاقًا ويخرز بها السروج، له تعليقة على (المدونة)، وتخرج به أئمة، ويقال: إنه مال أخيراً الى مذهب الشافعي، مات سنة ٤٦٠ هـ بالقيروان. انظر: ترتيب المدارك ٤/ ٧٧٠، والديباج المذهب ٢/ ٢٢، وشجرة النور ١/ ١١٦، وسير أعلام النبلاء ١٨/ ٢١٣.

(١) جامع الأمهات ص ٥٣٩.

عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ، وَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ أُقِيمَ عَلَيْهَا حَدُّ الزِّنَا، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ.

وَمَا بِحَمْلٍ بِثُبُوتِهِ يَقَعْ ... وَقَدْ أَتَى لِمَالِكٍ حَتَّى تَضَعْ

يَعْنِي أَنَّ اللِّعَانَ إذَا كَانَ لِنَفْيِ الْحَمْلِ، فَإِنَّهُمَا يَتَلاَعَنَانِ إذَا ثَبَتَ الْحَمْلُ إذْ ذَاكَ. وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ لِعَانُهُمَا حَتَّى تَضَعَ خَوْفَ أَنْ يَنْفَشَّ الْحَمْلُ بَعْدَ اللِّعَانِ.

قَالَ فِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَلَهُ أَنْ يُلاَعِنَ وَهِيَ حَامِلٌ، وَقَدْ قِيلَ: إنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُلاَعِنَهَا حَتَّى تَضَعَ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَيَرُدُّهُ الْأَثَرُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ «لَاعَنَ بَيْنَ الْعَجْلاَنِيِّ وَزَوْجَتِهِ وَهِيَ حَامِلٌ»[١].

قَالَ الشَّارِحُ: هَذَا الْقَوْلُ الْأَوَّلُ أَسْعَدُ بِالْأَثَرِ، وَهَذَا الْقَوْلُ الثَّانِي أَرْجَحُ فِي النَّظَرِ، إلَّا أَنْ يُقَالَ: إنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى صُورَةٍ نَادِرَةٍ، وَالصُّورَةُ النَّادِرَةُ لَا تُرَاعَى فِي الْأَحْكَامِ. اهـ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَمَنَعَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْحَمْلِ لِجَوَازِ انْفِشَاشِهِ، وَرُدَّ بِأَنَّ الْعَجْلاَنِيَّ وَغَيْرَهُ لَاعَنَ فِي الْحَمْلِ لِظُهُورِهِ، كَإِيجَابِ النَّفَقَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ[٢].

التَّوْضِيحَ: أَيْ كَمَا يَقْضِي لِلْمُطَلَّقَةِ بِنَفَقَةِ الْحَمْلِ إذَا ظَهَرَ حَمْلُهَا، وَكَمَا يَجِبُ الرَّدُّ إذَا اشْتَرَى جَارِيَةً وَظَهَرَ حَمْلُهَا، وَلَا يُؤَخَّرُ فِيهِمَا إلَى الْوَضْعِ، وَمَنَعَ عَبْدُ الْمَلِكِ اللِّعَانَ قَبْلَ الْوَضْعِ خَشْيَةَ أَنْ يَنْفَشَّ، وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ، وَالْفَرْقُ عَلَى قَوْلِهِ: بَيْنَ اللِّعَانِ وَمَا ذَكَرَهُ، أَنَّ اللِّعَانَ تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أُمُورٌ عِظَامٌ مِنْ فَسْخِ النِّكَاحِ وَالْحُرْمَةِ عَلَى التَّأْبِيدِ وَوُجُوبِ الْحَدِّ. اهـ.

وَيَبْدَأُ الزَّوْجُ بِالِالْتِعَانِ ... لِدَفْعِ أَرْبَعٍ مِنْ الْأَيْمَانِ

إثْبَاتًا أَوْ نَفْيًا عَلَى مَا وَجَبَا ... مُخَمِّسًا بِلَعْنَةٍ إنْ كَذَبَا

وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ بَعْدُ أَرْبَعَا ... لِتَدْرَأَ الْحَدَّ بِنَفْيِ مَا ادَّعَى

تَخْمِيسُهَا بِغَضَبٍ إنْ صَدَقَا ... ثُمَّ إذَا تَمَّ اللِّعَانُ افْتَرَقَا

---

(١) صحيح البخاري (كتاب: الطلاق/باب: قول النبي لو كنت راجمًا بغير بينة/حديث رقم: ٥٣١٠) وصحيح مسلم (كتاب: اللعان/باب: اللعان/حديث رقم: ١٤٩٧) وسنن النسائي (كتاب: الطلاق/باب: اللعان بالحبل/حديث رقم: ٣٤٦٧).

(٢) جامع الأمهات ص ٣١٥.

وَيَسْقُطُ الْحَدُّ وَيَنْتَفِي الْوَلَدْ وَيَحْرُمُ الْعَوْدُ إِلَى طُولِ الْأَبَدْ

وَالْفَسْخُ مِنْ بَعْدِ اللِّعَانِ مَاضِي دُونَ طَلَاقٍ وَبِحُكْمِ الْقَاضِي

تَعَرَّضَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ لِصِفَةِ اللِّعَانِ، فَأَخْبَرَ أَنَّ الزَّوْجَ هُوَ الَّذِي يَبْدَأُ بِاللِّعَانِ، قَالَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ، وَصِفَتُهُ أَنْ يَقُولَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللهِ. ثُمَّ قَالَ: فَلَوْ بَدَأَتْ الْمَرْأَةُ بِاللِّعَانِ؟ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يُعَادُ. وَقَالَ أَشْهَبُ: يُعَادُ.

التَّوْضِيحِ: لَا خِلَافَ أَنَّ الرَّجُلَ يَبْدَأُ بِاللِّعَانِ، وَهُوَ الَّذِي دَلَّتْ عَلَيْهِ الْآيَةُ، وَوَقَعَ فِي حَدِيثِ عُوَيْمِرٍ، ثُمَّ قَالَ: وَجَعَلَ فِي الْبَيَانِ مَنْشَأَ الْخِلَافِ، هَلْ تَقْدِيمُ الرَّجُلِ وَاجِبٌ أَمْ لَا؟ اهـ.

وَقَوْلُهُ: «لِدَفْعِ حَدٍّ» أَشَارَ بِهِ إِلَى بَعْضِ مَا يَتَرَتَّبُ عَلَى اللِّعَانِ، وَهُوَ سُقُوطُ حَدِّ الْقَذْفِ عَنْ الرَّجُلِ إِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ حُرَّةً مُسْلِمَةً، وَدَفْعُ الْأَدَبِ عَنْهُ إِنْ كَانَتْ أَمَةً أَوْ كِتَابِيَّةً.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: اعْلَمْ أَنَّهُ يَتَرَتَّبُ عَلَى اللِّعَانِ سِتَّةُ أَحْكَامٍ: ثَلَاثَةٌ عَلَى لِعَانِهَا، فَالثَّلَاثَةُ الْأُوَلُ: سُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ، وَوُجُوبُ حَدِّ الزِّنَا عَلَيْهَا، وَقَطْعُ النَّسَبِ، وَالثَّلَاثَةُ الْأُخَرُ: سُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهَا، وَالْفِرَاقُ، وَتَأْبِيدُ الْحُرْمَةِ، وَقِيلَ فِي الْأَخِيرَيْنِ إِنَّهُمَا مُرَتَّبَانِ عَلَى لِعَانِهِ.

وَقَوْلُهُ: «أَرْبَعٍ مِنْ الْأَيْمَانِ إِثْبَاتًا أَوْ نَفْيًا عَلَى مَا وَجَبَا...» الْبَيْتَ. هُوَ بَيَانٌ لِكَيْفِيَّةِ لِعَانِ الزَّوْجِ، فَقَوْلُهُ: «أَرْبَعٍ مِنْ الْأَيْمَانِ». كَأَنَّهُ بَدَلٌ مِنْ الِالْتِعَانِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَصِفَتُهُ أَنْ يَقُولَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللهِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَزِيدُ: الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَرَأَيْتُهَا تَزْنِي. وَقِيلَ: وَيَصِفُ كَالشُّهُودِ، وَقِيلَ: وَيَكْفِي لَزَنَتْ. وَفِي نَفْيِ الْحَمْلِ: لَزَنَتْ، أَوْ مَا هَذَا الْحَمْلُ مِنِّي، وَيَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ: أَنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ الْكَاذِبِينَ. اهـ[1].

قَالَ ابْنُ فَتْحُونٍ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: يَحْلِفُ الزَّوْجُ مُسْتَقْبِلاً الْقِبْلَةَ قَائِمًا يَقُولُ: بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَزَنَتْ فُلَانَةُ هَذِهِ -فَيُشِيرُ إِلَيْهَا- وَمَا هَذَا الْحَمْلُ مِنِّي، أَوْ مَا حَمْلُهَا هَذَا مِنِّي. وَإِنْ لَمْ يَنْفِ حَمْلاً قَالَ: زَنَتْ فُلَانَةُ هَذِهِ. وَلَا يَزِيدُ عَلَى هَذَا. وَقَالَ قَوْمٌ يَقُولُ: أَشْهَدُ بِاللهِ ثُمَّ يُخَمِّس بِاللَّعْنِ، ثُمَّ تُخَوَّفُ الْمَرْأَةُ بِاللهِ، فَإِنْ تَمَادَتْ عَلَى الْيَمِينِ حَلَفَتْ أَرْبَعَ أَيْمَانٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لَمَا زَنَيْتُ وَأَنَّ هَذَا الْحَمْلَ مِنْهُ، وَتَخْمِيسٌ بِالْغَضَبِ، تَقُولُ: غَضِبَ اللهُ عَلَيْهَا

(١) جامع الأمهات ص ٣١٦.

إنْ كَانَ مِنْ الصَّادِقِينَ، أَوْ عَلَيْهَا غَضَبُ اللهِ إنْ كَانَ مِنْ الصَّادِقِينَ. اهـ.

وَقَوْلُهُ: «إثْبَاتًا أَوْ نَفْيًا». تَقَدَّمَ أَنَّ الإِثْبَاتَ كَقَوْلِهِ: لَزَنَتْ، أَوْ لَرَأَيْتُهَا تَزْنِي. وَالنَّفْيُ كَقَوْلِهِ: مَا هَذَا الْحَمْلُ مِنِّي.

قَوْلُهُ: «وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ بَعْدُ أَرْبَعًا» هَذَا بَيَانٌ لِكَيْفِيَّةِ لِعَانِهَا.

ابْن الْحَاجِبِ: وَتَقُولُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللهِ مَا رَآنِي أَزْنِي -إنْ كَانَ قَالَ لَرَأَيْتُهَا تَزْنِي-، أَوْ مَا زَنَيْتُ، أَوْ لَقَدْ كَذَبَ فِي الْجَمِيعِ. وَفِي نَفْيِ الْحَمْلِ: مَا زَنَيْتُ وَإِنَّهُ لَمِنْهُ. وَفِي الْخَامِسَةِ أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إنْ كَانَ مِنْ الصَّادِقِينَ. وَيَتَعَيَّنُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ وَاللَّعْنِ وَالْغَضَبِ بَعْدَهَا[1].

التَّوْضِيحَ: يَعْنِي يَتَعَيَّنُ أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَشْهَدُ. وَلَا يُجْزِئُ: أَحْلِفُ. وَلَا: أُقْسِمُ. عَلَى الْمَشْهُورِ، وَيَتَعَيَّنُ اللَّعْنُ فِي حَقِّ الرَّجُلِ وَالْغَضَبُ فِي حَقِّهَا، وَهَكَذَا قَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ فِي شَرْحِ الرِّسَالَةِ: إنَّ النَّظَرَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُجْزِئَ إذَا أَبْدَلَ اللَّعْنَةَ بِالْغَضَبِ فِي حَقِّهَا، وَبِالْعَكْسِ.

ثُمَّ ذَكَرَ وَجْهَ اخْتِصَاصِ خَامِسَةِ الرَّجُلِ بِاللَّعْنَةِ وَخَامِسَةِ الْمَرْأَةِ بِالْغَضَبِ، فَانْظُرْهُ إنْ شِئْتَ.

قَوْلُهُ: «وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ بَعْدُ». أَيْ بَعْدَ حَلِفِ الزَّوْجِ، وَتَقَدَّمَ كَوْنُ الزَّوْجِ هُوَ الَّذِي يَبْدَأُ بِالْحَلِفِ.

وَقَوْلُهُ: «لِتَدْرَأَ الْحَدَّ». أَيْ لِتَدْفَعَ حَدَّ الزِّنَا عَنْهَا إنْ نَكَلَتْ وَلَمْ تَحْلِفْ، وَتَقَدَّمَ أَنَّ هَذَا مِمَّا يَتَرَتَّبُ عَلَى لِعَانِهَا مِنْ الْأَحْكَامِ.

وَقَوْلُهُ: «بِنَفْيِ مَا ادَّعَى» يَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِتَحْلِفُ، وَالْبَاءُ لِلْمُجَاوَرَةِ بِمَعْنَى عَلَى، أَيْ تَحْلِفُ الزَّوْجَةُ عَلَى نَفْيِ مَا ادَّعَاهُ الزَّوْجُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِتَدْرَأَ وَالْبَاءُ سَبَبِيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ: «ثُمَّ إذَا تَمَّ اللِّعَانُ افْتَرَقَا وَيَسْقُطُ الْحَدُّ...» الْبَيْتَ. هَذَا بَيَانٌ لِمَا يَنْبَنِي عَلَى اللِّعَانِ، وَذَلِكَ: الْفِرَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَسُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ وَعَنْهَا، فَيَسْقُطُ عَنْهُ حَدُّ الْقَذْفِ وَعَنْهَا حَدُّ الزِّنَا وَقَطْعُ النَّسَبِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَيَنْتَفِي الْوَلَدُ». وَتَأْبِيدُ التَّحْرِيمِ، وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ عَنْ التَّوْضِيحِ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣١٦.

وَقَوْلُهُ: «وَالْفَسْخُ مِنْ بَعْدِ اللِّعَانِ مَاضٍ...» الْبَيْتَ. اشْتَمَلَ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ، إحْدَاهُمَا: أَنَّ فُرْقَةَ الْمُتَلاَعِنَيْنِ فَسْخٌ بِغَيْرِ طَلاَقٍ.

التَّوْضِيحَ: فَرْعٌ: وَالْفُرْقَةُ فِي اللِّعَانِ فَسْخٌ بِغَيْرِ طَلاَقٍ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ، وَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا: إنَّهُ طَلْقَةٌ بَائِنَةٌ.

وَفِي الْجَلاَّبِ: أَنَّ الْمُلاَعَنَةَ قَبْلَ الْبِنَاءِ لَا صَدَاقَ لَهَا، خِلاَفُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْمُوَطَّأِ: إنَّ لَهَا نِصْفَ الصَّدَاقِ، وَبَنَاهُ اللَّخْمِيُّ عَلَى فُرْقَةِ الْمُتَلاَعِنَيْنِ هَلْ هِيَ فَسْخٌ فَلاَ شَيْءَ لَهَا أَوْ طَلاَقٌ فَلَهَا؟ وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ الْمَعْرُوفَ أَنَّ لَهَا النِّصْفَ وَأَنَّ فُرْقَةَ الْمُتَلاَعِنَيْنِ فَسْخٌ، وَلَكِنْ لَمَّا كُنَّا لَا نَعْلَمُ صِدْقَ الزَّوْجِ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ تَحْرِيمَهَا وَإِسْقَاطَ حَقِّهَا مِنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ اُتُّهِمَ فِي ذَلِكَ، وَأُلْزِمَ نِصْفَ الصَّدَاقِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ إنَّمَا لَزِمَهُ النِّصْفُ مُرَاعَاةً لِقَوْلِ مَنْ قَالَ: هُوَ طَلاَقٌ. اهـ.

قُلْتُ: وَقَدْ اشْتَمَلَ كَلاَمُ التَّوْضِيحِ هَذَا عَلَى فَائِدَةٍ أُخْرَى، وَهِيَ لُزُومُ نِصْفِ الصَّدَاقِ وَإِنْ تَلاَعَنَا قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَإِنْ قُلْنَا: إنَّ فُرْقَتَهُمَا فَسْخٌ بِغَيْرِ طَلاَقٍ لِلتُّهْمَةِ، وَقَدْ قُلْتُ فِي ذَلِكَ:

وَإِنْ تَلاَعَنَا وَلَمْ يَبْنِ لَزِمْ ... لِتُهْمَةٍ نِصْفُ صَدَاقٍ قَدْ عُلِمْ

وَأَشَرْت بِقَوْلِي: نِصْفُ صَدَاقٍ قَدْ عُلِمْ. إلَى أَنَّهُمَا إذَا عَقَدَا النِّكَاحَ عَلَى وَجْهِ التَّفْوِيضِ، فَلاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لاِنْتِفَاءِ التُّهْمَةِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ مِمَّا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ الْبَيْتُ الْأَخِيرُ: فُرْقَةُ الْمُتَلاَعِنَيْنِ، هَلْ تَقَعُ بِنَفْسِ اللِّعَانِ أَوْ حَتَّى يَحْكُمَ بِهَا الْقَاضِي؟

وَمِنْ التَّبْصِرَةِ: وَاخْتُلِفَ فِي وُقُوعِ الْفِرَاقِ، فَقَالَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ: يَقَعُ الْفِرَاقُ بِنَفْسِ اللِّعَانِ وَلَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا.

وَفِي الْمُتَيْطِيَّةِ: قَالَ بَعْضُ الْمُوَثِّقِينَ: لَا يَتِمُّ الْفِرَاقُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ إلَّا بِحُكْمِ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ، وَالْحُجَّةُ لِهَذَا الْقَوْلِ قَوْلُهُ ﷺ لِعُوَيْمِرٍ وَزَوْجَتِهِ بَعْدَ الْتِعَانِهِمَا: «قُومَا فَقَدْ فَرَّقْتُ بَيْنَكُمَا، وَوَجَبَتْ النَّارُ لِأَحَدِكُمَا، وَالْوَلَدُ لِلْمَرْأَةِ»[1].

---

(١) صحيح البخاري (كتاب: الطلاق/باب: يلحق الولد بالملاعنة/حديث رقم: ٥٣١٥) وسنن أبي داود (كتاب: الطلاق/باب: في اللعان/حديث رقم: ٢٢٥٩).

وَفِي التَّوْضِيحِ: وُقُوعُ الْفِرَاقِ بِمُجَرَّدِ الْتِعَانِهِمَا هُوَ الْمَذْهَبُ، خِلاَفًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ: لَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ بِلِعَانِهِمَا حَتَّى يُفَرِّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا. اهـ.

وَيُؤْخَذُ الْقَوْلَانِ مِنَ النَّظْمِ، فَيُؤْخَذُ الْقَوْلُ بِأَنَّ الْفُرْقَةَ تَقَعُ بِنَفْسِ اللِّعَانِ مِنْ قَوْلِهِ: «ثُمَّ إِذَا تَمَّ اللِّعَانُ افْتَرَقَا». وَيُؤْخَذُ الْقَوْلُ بِافْتِقَارِهَا لِحُكْمِ حَاكِمٍ مِنْ قَوْلِهِ: «وَبِحُكْمِ الْقَاضِي». وَهُوَ أَصْرَحُ.

وَمُكَـــذِبٌ لِنَفْـــسِهِ بَعْـــدُ الْتَحَـــقْ ... وَلَـــدُهُ وَحُـــدَّ وَالتَّحْـــرِيمُ حَـــقْ

وَرَاجِـــعٌ قَبْـــلَ الـــتَّمَامِ مِـــنْهُمَا ... يُحَـــدُّ وَالنِّكَـــاحُ لَـــنْ يَنْفَـــصِمَا

يَعْنِي أَنَّ مَنْ لَاعَنَ زَوْجَتَهُ وَتَمَّ اللِّعَانُ بَيْنَهُمَا ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَلْحَقُ بِهِ وَيُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ لِلزَّوْجَةِ، وَأَمَّا تَحْرِيمُ الزَّوْجَةِ فَأَمْرٌ مَاضٍ لَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا وَلَا سَبِيلَ لِمُرَاجَعَتِهَا، فَإِنْ كَانَ رُجُوعُهُ وَتَكْذِيبُ نَفْسِهِ قَبْلَ تَمَامِ اللِّعَانِ، فَإِنَّهُ يُحَدُّ وَنِكَاحُهُمَا بَاقٍ لَمْ يَنْفَسِخْ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: فَإِنْ رَجَعَ الزَّوْجُ بَعْدَ ذَلِكَ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ، فَلَهُ الْحَدُّ وَلَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ بِذَلِكَ، فَأَمَّا إِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ تَمَامِ اللِّعَانِ بِكَلِمَةٍ فَمَا فَوْقَهَا، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُهَا وَيُحَدُّ الرَّاجِعُ مِنْهُمَا. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «وَرَاجِعٌ قَبْلَ التَّمَامِ». هُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: «وَمُكَذِّبٌ لِنَفْسِهِ بَعْدُ» أَيْ: بَعْدَ اللِّعَانِ أَيْ بَعْدَ تَمَامِهِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَلَوْ أَكْذَبَ أَحَدُهُمَا نَفْسَهُ قَبْلَ تَمَامِ لِعَانِهِمَا حُدَّ وَبَقِيَتْ زَوْجَةً، وَيَتَوَارَثَانِ وَإِنْ رُجِمَتْ. اهـ[1].

وَسَـــاكِتٌ وَالْحَمْـــلُ حَمْـــلٌ بَـــيِّنُ ... يُحَـــدُّ مُطْلَقَـــا وَلَا يَلْـــتَعِنُ

وَمِثْلُـــهُ الْـــوَاطِئُ بَعْـــدَ الرُّؤْيَـــةِ ... وَيُلْحَـــقُ الْوَلَـــدُ وَحَـــدُّ الْفِرْيَـــةِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ رَأَى بِزَوْجَتِهِ حَمْلاً بَيِّنًا وَسَكَتَ، ثُمَّ نَفَاهُ وَأَرَادَ أَنْ يُلاَعِنَ، فَإِنَّهُ لَا يُلاَعِنُ وَيُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ، وَهُوَ الَّذِي عَبَّرَ عَنْهُ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي بِحَدِّ الْفِرْيَةِ. وَالْفِرْيَةُ: الْكِذْبَةُ.

وَيُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ وَسَوَاءٌ سَكَتَ كَثِيرًا وَلَا إِشْكَالَ أَوْ قَلِيلاً كَالْيَوْمِ وَالْيَوْمَيْنِ، وَعَلَى

---

(١) جامع الأمهات ص ٣١٧.

ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْإِطْلَاقِ وَاللهُ أَعْلَمُ، فَهُوَ رَاجِعٌ لِقَوْلِهِ: «وَسَاكِتٌ». وَكَذَلِكَ الَّذِي رَأَى زَوْجَتَهُ تَزْنِي ثُمَّ وَطِئَهَا ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَلْتَعِنَ.

قَالَ فِي المُقَرَّبِ: قُلْتُ: فَلَوْ أَنَّ رَجُلاً نَظَرَ إِلَى امْرَأَتِهِ حَامِلاً وَهِيَ مُسْلِمَةٌ حُرَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ أَوْ أَمَةٌ فَسَكَتَ وَلَمْ يَنْفِ الْحَمْلَ وَلَا ادَّعَاهُ، فَلَمَّا وَضَعَتْ انْتَفَى مِنْهُ؟ قَالَ مَالِكٌ إِذَا رَأَى الْحَمْلَ فَسَكَتَ حَتَّى وَضَعَتْهُ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِيَ مِنْهُ، وَإِنْ انْتَفَى مِنْهُ حِينَ تَلِدُهُ جُلِدَ الْحَدَّ إِنْ كَانَتْ زَوْجَتُهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ فِي الْكَافِرَةِ وَالْأَمَةِ؛ لِأَنَّ قَاذِفَهَا لَا يُحَدُّ.

قُلْتُ: فَإِنْ رَأَى الْحَمْلَ فَسَكَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ انْتَفَى مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ؟ قَالَ: إِذَا شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ قَدْ رَآهُ فَلَمْ يُنْكِرْ أَوْ أَقَرَّ، ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ يُنْكِرُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ.

وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: رَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ فِي كِتَابِ الرَّجْمِ مِنْ المُدَوَّنَةِ: أَنَّ مَنْ ادَّعَى رُؤْيَةً وَأَقَرَّ أَنَّهُ وَطِئَ بَعْدَهَا، حُدَّ وَلَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ. اهـ.

وَإِنْ تَضَعْ بَعْدَ اللِّعَانِ لِأَقَلّْ ... مِنْ سِتَّةِ الْأَشْهُرِ فَالمَهْرُ بَطَلْ

وَلَيْسَ لِلتَّحْرِيمِ مِنْ تَأْبِيدِ ... إِذْ النِّكَاحُ كَانَ كَالمَفْقُودِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا، ثُمَّ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ زَعَمَتْ أَنَّهُ مِنْهُ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ فَتَلَاعَنَا ثُمَّ وَلَدَتْ، فَإِنْ وَلَدَتْهُ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عَقَدَ عَلَيْهَا، فَلاَ صَدَاقَ لَهَا وَلَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ بِالْتِعَانِهَا، أَمَّا سُقُوطُ الصَّدَاقِ فَلأَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ لِظُهُورِ كَوْنِهَا مُعْتَدَّةً؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ الْوِلَادَةِ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَنَّهَا يَوْمَ عَقَدَ عَلَيْهَا النِّكَاحَ كَانَتْ حَامِلاً، وَالْفَسْخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ لَا شَيْءَ فِيهِ، وَلَوْلَا الْإِتْيَانُ بِالْوَلَدِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَوَجَبَ نِصْفُ الصَّدَاقِ فِي اللِّعَانِ قَبْلَ الْبِنَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَأَمَّا عَدَمُ تَأْبِيدِ التَّحْرِيمِ بِالْتِعَانِهَا، فَلأَنَّهَا كَانَتْ غَيْرَ زَوْجَةٍ لَهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ النِّكَاحَ كَالْعَدَمِ لِكَوْنِهَا مُعْتَدَّةً، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

هَذَا مَقْصُودُ النَّاظِمِ رَحِمَهُ اللهُ بِالْبَيْتَيْنِ، وَهَكَذَا هِيَ المَسْأَلَةُ فِي ابْنِ سَلْمُونٍ، وَلَفْظُهُ فِي المَسْأَلَةِ بِرُمَّتِهَا: وَإِذَا كَانَتْ المَرْأَةُ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ فَادَّعَتْهُ عَلَيْهِ وَنَفَاهُ هُوَ، فَإِنَّهُمَا يَلْتَعِنَانِ وَلَا يَنْتَفِي مِنْهُ إِلَّا بِاللِّعَانِ إِذَا ادَّعَتْ أَنَّهُ كَانَ يَغْشَاهَا وَكَانَ ذَلِكَ يُمْكِنُ، وَجَاءَتْ

بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلاَ صَدَاقَ لَهَا وَلَا لِعَانَ، فَإِنْ تَضَعْ الْحَمْلَ فَأَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مَنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ بِالْتِعَانِهَا؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ غَيْرَ زَوْجَةٍ لَهُ. قَالَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْمَوَّازِ. اهـ.

فَمَسْأَلَةُ النَّاظِمِ هِيَ قَوْلُ ابْنِ سَلْمُونٍ: فَإِنْ لَاعَنَ قَبْلَ أَنْ تَضَعَ الْحَمْلَ... . إلَخْ. وَكَانَ وَجْهُ لِعَانِهِ قَبْلَ الْوَضْعِ، مَعَ أَنَّهُ قَالَ قَبْلَهُ: إذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلاَ لِعَانَ، أَنَّهُ إذَا عَلِمَ بِالْحَمْلِ وَسَكَتَ وَلَمْ يُلاَعِنْ لَزِمَهُ الْوَلَدُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَعْنَى قَوْلِهِ: فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مَنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ... . إلَخْ. أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ حَتَّى وَلَدَتْ، فَلاَ صَدَاقَ وَلَا لِعَانَ، وَالْوَجْهُ الَّذِي بَعْدَهُ عُلِمَ قَبْلَ الْوَضْعِ فَلَمْ يُمْكِنْهُ السُّكُوتُ فَلاَعَنَ ثُمَّ وَلَدَتْ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ النَّاظِمِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

ابْن عَرَفَةَ: الطَّلَاقُ صِفَةٌ حُكْمِيَّةٌ تَرْفَعُ حِلِّيَّةَ مُتْعَةِ الزَّوْجِ بِزَوْجَتِهِ، مُوجِبٌ تَكَرُّرُهَا مَرَّتَيْنِ لِلْحُرِّ وَمَرَّةً لِذِي رِقٍّ حُرْمَتُهَا عَلَيْهِ قَبْلَ زَوْجٍ[(١)].

قَوْلُهُ: حُكْمِيَّةٌ. لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَعْنًى تَقْدِيرِيٌّ. وَتَرْفَعُ حِلِّيَّةَ: أَخْرَجَ بِهِ الظِّهَارَ وَمَا شَابَهَهَا، وَقَوْلُهُ: حِلِّيَّةَ. لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِهَا؛ لِأَنَّ الْمُتْعَةَ لَا تُرْفَعُ وَإِنَّمَا يُرْفَعُ الْمُعَلَّقُ بِهَا، وَقَوْلُهُ: بِزَوْجَتِهِ. أَخْرَجَ بِهِ حِلِّيَّةَ الْمُتْعَةِ بِغَيْرِهَا، وَقَوْلُهُ: مُوجِبٌ تَكَرُّرُهَا... . إِلَخْ. صِفَةٌ لِلصِّفَةِ جَرَتْ عَلَى غَيْرِ مَنْ هِيَ لَهُ عَلَى نُسْخَةِ الرَّفْعِ، وَفِي نُسْخَةٍ بِالنَّصْبِ عَلَى الْحَالِ، وَيَظْهَرُ أَنَّهُ زَادَ ذَلِكَ لِوُجُوهٍ أَظْهَرُهَا أَنَّهُ يُخْرِجُ بِذَلِكَ صُوَرًا كَثِيرَةً تَمْنَعُ أَوْ تَرْفَعُ الْمُتْعَةَ بِالزَّوْجَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ وَبِالصَّلَاةِ وَبِالدُّخُولِ فِي الِاعْتِكَافِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. اهـ.

وَقَوْلُهُ: مُوجِبٌ تَكَرُّرُهَا. التَّكَرُّرُ هُوَ مَا بَعْدَ الطَّلْقَةِ الْأُولَى، وَأَمَّا الرَّجْعَةُ فَهِيَ بِفَتْحِ الرَّاءِ وَكَسْرِهَا، وَصَوَّبَ الْجَوْهَرِيُّ الْفَتْحَ وَاسْتَعْمَلَهَا الْفُقَهَاءُ بِالْكَسْرِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: هُوَ رَفْعُ الزَّوْجِ أَوْ الْحَاكِمِ حُرْمَةَ الْمُتْعَةِ بِالزَّوْجَةِ لِطَلَاقِهَا، قَالَ: فَتَخْرُجُ الْمُرَاجَعَةُ. اهـ[(٢)].

أَيْ لِأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا أَنَّ الرَّجْعَةَ هِيَ مِنْ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، وَالْمُرَاجَعَةَ هِيَ مِنْ الْبَائِنِ، وَلِذَلِكَ عَبَّرُوا فِيهَا بِالْمُفَاعَلَةِ الَّتِي لَا تَكُونُ فِي الْغَالِبِ إِلَّا بَيْنَ اثْنَيْنِ.

الرَّصَّاعُ: قَوْلُهُ: أَوْ الْحَاكِمِ. أَشَارَ بِهِ إِلَى إِدْخَالِ مَا إِذَا طَلَّقَ فِي الْحَيْضِ وَامْتَنَعَ مِنْ الرَّجْعَةِ، فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِالرَّجْعَةِ، وَتَصِحُّ رَجْعَتُهُ، وَيَجُوزُ لَهُ الْوَطْءُ بِذَلِكَ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ[(٣)].

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَإِنْ أَبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ بِالْأَدَبِ، وَإِنْ أَبَى ارْتَجَعَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ، وَلَهُ وَطْؤُهَا بِذَلِكَ عَلَى الْأَصَحِّ، كَمَا يَتَوَارَثَانِ بَعْدَ مُدَّةِ الْعِدَّةِ[(٤)].

قَوْلُهُ: حُرْمَةَ الْمُتْعَةِ. هَذَا هُوَ الْمَرْفُوعُ، وَاحْتَرَزَ بِهِ مَنْ رَفْعِ الْحِلِّيَّةِ؛ أَيْ فَإِنَّهُ نَفْسُ الطَّلَاقِ، وَقَوْلُهُ: بِطَلَاقِهَا. مُتَعَلِّقٌ بِالْحُرْمَةِ، وَاحْتَرَزَ بِهِ مِنْ رَفْعِ الزَّوْجِ الْحُرْمَةَ بِغَيْرِ

---

(١) مواهب الجليل ٥/٢٦٨.

(٢) الفواكه الدواني للنفراوي ٣/١٠٠٥، ومنح الجليل ٤/١٧٩، ومواهب الجليل ٥/٤٠١.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ١/٤١٤.

(٤) جامع الأمهات ص ٢٩٢.

الطَّلاَقِ، كَمَا إِذَا رَفَعَ حُرْمَةَ الظِّهَارِ أَيْ بِالتَّكْفِيرِ.

ثُمَّ قَالَ الرَّصَّاعُ: لَمْ أَقِفْ لِلشَّيْخِ عَلَى حَدِّ المُرَاجَعَةِ، وَيُمْكِنُ أَنَّهُ رَأَى أَنَّهَا تَدْخُلُ تَحْتَ حَدِّ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ إِمَّا لِمُرَاجَعَةٍ أَوْ لِغَيْرِهَا، فَيُقَالُ فِيهَا: نِكَاحٌ مِنْ زَوْجٍ أَبَانَهَا بِغَيْرِ الثَّلاَثِ. اهـ[1]. أَيْ: وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُبِنْهَا فَهِيَ رَجْعَةٌ لَا مُرَاجَعَةٌ، وَأَمَّا إِذَا أَبَانَهَا بِالثَّلاَثِ ثُمَّ تَرَاجَعَا بَعْدَ زَوْجٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ ابْتِدَاءُ نِكَاحٍ لَا شَكَّ فِيهِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

مِنَ الطَّلاَقِ الطَّلْقَةُ السُّنِّيَّهْ ... إِنْ حَصَلَتْ شُرُوطُهَا المَرْعِيَّهْ

وَهْيَ الْوُقُوعُ حَالَ طُهْرٍ وَاحِدَهْ ... مِنْ غَيْرِ مَسٍّ وَارْتِدَافِ زَائِدَهْ

مِنْ ذَاكَ بَائِنٌ وَمِنْهُ الرَّجْعِيّ ... وَمَا عَدَا السُّنِّيَّ فَهْوَ بِدْعِي

مِنْهُ مُمَلَّكٌ وَمِنْهُ خُلْعِي ... وَذُو الثَّلاَثِ مُطْلَقًا وَرَجْعِي

يَعْنِي أَنَّ الطَّلاَقَ عَلَى وَجْهَيْنِ: سُنِّيٌّ وَهُوَ مَا اجْتَمَعَتْ فِيهِ الشُّرُوطُ الْأَرْبَعَةُ، وَبِدْعِيٌّ وَهُوَ مَا اخْتَلَّتْ فِيهِ تِلْكَ الشُّرُوطُ أَوْ وَاحِدٌ مِنْهَا، ثُمَّ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «مِنْ ذَاكَ بَائِنٌ وَمِنْهُ الرَّجْعِيّ». إِلَى أَنَّ الطَّلاَقَ السُّنِّيَّ يَنْقَسِمُ إِلَى بَائِنٍ وَرَجْعِيٍّ.

قُلْتُ: وَكَذَلِكَ الطَّلاَقُ الْبِدْعِيُّ يَنْقَسِمُ إِلَى رَجْعِيٍّ وَبَائِنٍ كَمَا يَأْتِي، فَالْأَقْسَامُ أَرْبَعَةٌ فَطَلاَقُ الزَّوْجَةِ غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا وَلَوْ حَائِضًا وَمَنْ بَقِيَتْ عَلَى طَلْقَةٍ وَإِنْ حَصَلَتْ بِشُرُوطِ السُّنِّيِّ سُنِّيٌّ بَائِنٌ، وَطَلاَقُ الزَّوْجَةِ المَدْخُولِ بِهَا بِالشُّرُوطِ الْأَرْبَعَةِ سُنِّيٌّ وَرَجْعِيٌّ، وَالطَّلاَقُ فِي الْحَيْضِ بِدْعِيٌّ رَجْعِيٌّ، وَالطَّلاَقُ الثَّلاَثُ بِدْعِيٌّ بَائِنٌ، وَمَثَّلَ الشَّارِحُ لِلْبِدْعِيِّ الْبَائِنِ بِالطَّلاَقِ المُمَلَّكِ، قَالَ: وَهُوَ طَلاَقُ الْخُلْعِ مِنْ غَيْرِ خُلْعٍ وَبِالْخُلْعِ وَبِالثَّلاَثِ.

ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّ طَلاَقَ غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا يُحْتَمَلُ كَوْنُهُ مُطْلَقًا مَعَ شُرُوطِ السُّنِّيِّ وَعَدَمِهَا، قَالَ مَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ سُنِّيٌّ بَائِنٌ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ سُنِّيًّا مَعَ وُجُودِ شُرُوطِ السُّنِّيِّ، وَالَّذِي يُمْكِنُ مِنْهَا هُنَا -أَيْ مِنْ شُرُوطِ السُّنِّيِّ فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا- اثْنَانِ فَقَطْ: أَنْ تَكُونَ وَاحِدَةً، وَأَنْ تَكُونَ فِي طُهْرٍ.

وَأَمَّا كَوْنُهُ لَمْ يَمَسَّ فِيهِ فَهُوَ فَرْضُ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ الْكَلاَمَ فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا، وَأَمَّا عَدَمُ

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٤١٦.

ارْتِدَافِ أُخْرَى فَلاَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الارْتِدَافَ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى الرَّجْعِيِّ، وَطَلاَقُ غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا بَائِنٌ.

وَفِي الرَّصَّاعِ: أَنَّ اللَّخْمِيَّ نَقَلَ عَنْ أَشْهَبَ جَوَازَ طَلاَقِ الْوَاحِدَةِ الَّتِي صَادَفَتْ آخِرَ الثَّلاَثِ، فَيَكُونُ سُنِّيًّا بَائِنًا كَمَا تَقَدَّمَ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ سَمَحَ اللهُ لَهُ بِفَضْلِهِ: وَقَدْ كُنْتُ قُلْتُ فِي هَذَا الْقِسْمِ وَالتَّمْثِيلِ لَهُ أَبْيَاتًا، وَهِيَ هَذِهِ:

مِنْ الطَّلاَقِ سُنَّةٌ وَبِدْعِي ... وَالْكُلُّ إِمَّا بَائِنٌ أَوْ رَجْعِي

سُنِّيُّهُ فِي حَالِ طُهْرٍ وَاحِدَهْ ... مِنْ غَيْرِ مَسٍّ وَارْتِدَافٍ زَائِدَهْ

فَغَيْرُ مَدْخُولٍ وَمَنْ تَبْقَى عَلَى ... وَاحِدَةٍ إِنْ بِالشُّرُوطِ حَصَلاَ

فَبَائِنُ السُّنِّيِّ وَرَجْعِيُّ السُّنَّةِ ... بَعْدَ الْبِنَاءِ بِشُرُوطٍ مَتَّتْ

مُمَلَّكٌ أَوْ خُلْعٌ أَوْ أَقْصَاهُ ... بِدْعِيٌّ وَبَائِنٌ فَلاَ تَنْسَاهُ

رَجْعِي وَبِدْعِي إِنْ تَسَلْ هُوَ وَاحِدُ ... بَعْدَ الْبِنَا بِفَقْدِ شَرْطٍ يُوجَدُ

وَضَمِيرُ سُنِّيِّهِ لِلطَّلاَقِ مِنْ حَيْثُ هُوَ بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا، وَقَوْلُنَا: فَغَيْرُ مَدْخُولٍ... إِلَخْ. هُوَ ابْتِدَاءُ تَمْثِيلِ الْأَقْسَامِ الْأَرْبَعَةِ تَبَعًا لِلشَّارِحِ وَتَقْلِيدًا لَهُ، وَقَوْلُنَا: إِنْ بِالشُّرُوطِ حَصَلاَ. رَاجِعٌ لِطَلاَقِ مَنْ تَبْقَى عَلَى وَاحِدَةٍ فَقَطْ، وَمَتَّتْ مَعْنَاهُ قَرُبَتْ، وَأَقْصَى الطَّلاَقِ هُوَ الثَّلاَثُ، وَجُمْلَةُ: يُوجَدُ. هِيَ صِفَةٌ أُخْرَى لِوَاحِدٍ، وَبِفَقْدِ: يَتَعَلَّقُ بِيُوجَدُ؛ أَيْ إِنْ تَسْأَلْ عَنْ الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ الْبِدْعِيِّ فَهُوَ الطَّلاَقُ الْوَاحِدُ، ثُمَّ وَصَفَهُ بِوَصْفَيْنِ آخَرَيْنِ: كَوْنُهُ بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَكَوْنُهُ يُوجَدُ بِفَقْدِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِ السُّنِّيِّ، وَلْيُرْجَعْ إِلَى حَلِّ أَلْفَاظِ النَّاظِمِ.

قَوْلُهُ: «المَرْعِيَّةُ». أَيْ المَرْعِيَّةُ المَحْفُوظَةُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَلَيْسَ المُرَادُ بِالسُّنِّيِّ أَنَّهُ رَاجِحُ الْفِعْلِ كَمَا هُوَ المُتَبَادِرُ إِلَى الذِّهْنِ مِنْ النِّسْبَةِ إِلَى السُّنَّةِ، بَلْ بِمَعْنَى أَنَّهُ الَّذِي أَذِنَتْ فِيهِ السُّنَّةُ مُقَابِلَ الْبِدْعِيِّ، وَنَحْوُهُ لِعَبْدِ الْوَهَّابِ وَغَيْرِهِ: طَلاَقُ الْبِدْعَةِ هُوَ مَا وَقَعَ عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ المَشْرُوعِ، وَالطَّلاَقُ مُبَاحٌ مِنْ حَيْثُ هُوَ فِي الْجُمْلَةِ، وَقَالَ بَعْضُ الشُّيُوخِ: إِنَّهُ مَكْرُوهٌ." لِمَا فِي أَبِي دَاوُد أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «إِنَّ

أَبْغَضَ الْحَلَالِ إِلَى اللهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ»(١).

وَلَا إِشْكَالَ أَنَّهُ قَدْ يَعْرِضُ لَهُ الْوُجُوبُ وَالتَّحْرِيمُ وَالنَّدْبُ، وَثَبَتَ أَنَّهُ ﷺ: «طَلَّقَ حَفْصَةَ وَاحِدَةً ثُمَّ رَاجَعَهَا»(٢). «وَطَلَّقَ الْعَالِيَةَ بِنْتَ سُفْيَانَ وَهِيَ الَّتِي تُدْعَى أُمَّ الْمَسَاكِينِ».

وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ لِطَلَاقِ السُّنَّةِ أَرْبَعَةَ قُيُودٍ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يُطَلِّقَ فِي طُهْرٍ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فِي حَيْضٍ كَانَ مُطَلِّقًا لِلْبِدْعَةِ.

عَبْدُ الْوَهَّابِ: وَهُوَ حَرَامٌ بِإِجْمَاعٍ، وَاخْتُلِفَ هَلِ الْمَنْعُ فِي الْحَيْضِ تَعَبُّدٌ أَوْ لِطُولِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا؟ وَهُوَ الْمَشْهُورُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا فِي حَيْضٍ لَا تَعْتَدُّ بِهِ فَتَلْغِي بَقِيَّةَ أَيَّامِ حَيْضِهَا.

الْقَيْدُ الثَّانِي: أَنْ لَا يُجَامِعَهَا فِي ذَلِكَ الطُّهْرِ، فَإِنْ جَامَعَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا، كَانَ مُطَلِّقًا لِلْبِدْعَةِ، وَلَيْسَ مَمْنُوعًا كَطَلَاقِ الْحَيْضِ، فَقَدْ صَرَّحَ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا بِكَرَاهَتِهِ.

قَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ: لِأَنَّهُ لَبَسَ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ، فَلَمْ تَدْرِ هَلْ تَعْتَدُّ بِالْوَضْعِ أَوْ بِالْأَقْرَاءِ؟

الثَّالِثُ: أَنْ يُطَلِّقَهَا وَاحِدَةً.

اللَّخْمِيُّ: وَإِيقَاعُ الِاثْنَتَيْنِ مَكْرُوهٌ، وَالثَّلَاثِ مَمْنُوعٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] أَيْ مِنَ الرَّغْبَةِ فِي الْمُرَاجَعَةِ وَالنَّدَمِ عَلَى الْفِرَاقِ.

وَنَقَلَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ وَغَيْرُهُ الْإِجْمَاعَ عَلَى لُزُومِ الثَّلَاثِ فِي حَقِّ مَنْ أَوْقَعَهَا، وَعَنْ بَعْضِ الْمُبْتَدِعَةِ أَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ مُوقِعَ الثَّلَاثِ وَاحِدَةٌ، وَعَنْ بَعْضِ الظَّاهِرِيَّةِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

وَحَكَى التِّلِمْسَانِيُّ: أَنَّ عِنْدَنَا قَوْلًا بِأَنَّهُ إِذَا أَوْقَعَ الثَّلَاثَ فِي كَلِمَةٍ إِنَّمَا تَلْزَمُهُ وَاحِدَةٌ.

الْقَيْدُ الرَّابِعُ: أَنْ تَكُونَ غَيْرَ مُعْتَدَّةٍ لِيَحْتَرِزَ مِنْ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي كُلِّ طُهْرٍ طَلْقَةً، فَإِنْ فَعَلَ فَالْأُولَى لِلسُّنَّةِ وَالْأُخْرَيَانِ لِلْبِدْعَةِ، وَهَذَا مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

فَقَوْلُ النَّاظِمِ: «مِنْ غَيْرِ مَسٍّ». هُوَ إِشَارَةٌ لِلْقَيْدِ الثَّانِي الْمُتَقَدِّمِ عَنِ التَّوْضِيحِ.

وَقَوْلُهُ: «وَارْتِدَافِ زَائِدَهْ». هُوَ إِشَارَةٌ إِلَى الْقَيْدِ الرَّابِعِ فِي التَّوْضِيحِ.

---

(١) سنن أبي داود (كتاب: الطلاق/باب: في كراهية الطلاق/حديث رقم: ٢١٧٨) وسنن ابن ماجه (كتاب: الطلاق/باب: حدثنا سويد بن سعيد/حديث رقم: ٢٠١٨).

(٢) سنن النسائي (كتاب: الطلاق/باب: الرجعة/حديث رقم: ٣٥٦٠) سنن أبي داود (كتاب: الطلاق/باب: في المراجعة/حديث رقم: ٢٢٨٣) سنن ابن ماجه (كتاب: الطلاق/باب: حدثنا سويد بن سعيد/حديث رقم: ٢٠١٦).

وَفِي الرِّسَالَةِ: وَطَلَاقُ السُّنَّةِ مُبَاحٌ وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يَقْرَبْهَا فِيهِ طَلْقَةً، ثُمَّ لَا يُتْبِعَهَا طَلَاقًا حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ. اهـ[1].

فَقَوْلُهُ: «ثُمَّ لَا يُتْبِعُهَا طَلَاقًا». هُوَ الْقَيْدُ الرَّابِعُ فِي التَّوْضِيحِ، وَهُوَ مُرَادُ النَّاظِمِ بِقَوْلِهِ: «وَارْتِدَافِ زَائِدَهُ». أَيْ: وَمِنْ غَيْرِ أَنْ يُرْدِفَ عَلَى الطَّلْقَةِ الْأُولَى طَلْقَةً زَائِدَةً عَلَيْهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ كَمَا فِي الرِّسَالَةِ.

وَقَوْلُهُ: «مِنْ ذَاكَ بَائِنٌ». أَيْ مِنَ الطَّلَاقِ السُّنِّيِّ مَا هُوَ بَائِنٌ وَمِنْهُ مَا هُوَ رَجْعِيٌّ كَمَا تَقَدَّمَ تَمْثِيلُهُ.

وَقَوْلُهُ: «مَا عَدَا السُّنِّيَّ فَهُوَ بِدْعِيٌّ». أَيْ مَا اخْتَلَّ فِيهِ قَيْدٌ مِنْ قُيُودِ السُّنِّيِّ فَهُوَ بِدْعِيٌّ.

وَقَوْلُهُ: «مِنْهُ مُمَلَّكٌ وَمِنْهُ خُلْعِيٌّ». أَيْ مِنَ الطَّلَاقِ الْبِدْعِيِّ يَعْنِي الْبَائِنَ مُمَلَّكٌ وَخُلْعِيٌّ.

وَقَوْلُهُ: «وَذُو الثَّلَاثِ مُطْلَقًا». عَطْفٌ عَلَى مُمَلَّكٍ، وَأَشَارَ بِالطَّلَاقِ فِي الثَّلَاثِ إِلَى كَوْنِهِ لَا يَكُونُ سُنِّيًّا بِوَجْهٍ، قَالَ الشَّارِحُ: يَعْنِي بِخِلَافِ طَلَاقِ مَنْ بَقِيَتْ عَلَى وَاحِدَةٍ، فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ بَائِنًا فَهُوَ سُنِّيٌّ إِنْ كَانَ فِي طُهْرٍ لَمْ يَقْرَبْهَا فِيهِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ: «وَرَجْعِي». أَيْ: وَمِنَ الطَّلَاقِ الْبِدْعِيِّ مَا هُوَ رَجْعِيٌّ، وَهُوَ مُقَابِلُ قَوْلِهِ: «مِنْهُ مُمَلَّكٌ وَمِنْهُ خُلْعِي». وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ: «مِنْهُ مُمَلَّكٌ وَمِنْهُ خُلْعِي». أَيْ: وَهُوَ بَائِنٌ.

وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فِي الرَّجْعِيِّ ... قَبْلَ انْقِضَاءِ الْأَمَدِ الْمَرْعِيِّ

وَلَا افْتِقَارَ فِيهِ لِلصَّدَاقِ ... وَالْإِذْنِ وَالْوَلِيِّ بِاتِّفَاقِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، سَوَاءٌ كَانَ سُنِّيًّا أَوْ بِدْعِيًّا، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا مَا لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا، وَالْعِدَّةُ هِيَ مُرَادُهُ بِالْأَمَدِ الْمَرْعِيِّ، فَإِذَا رَاجَعَهَا فَلَا يَفْتَقِرُ لِصَدَاقٍ وَلَا لِإِذْنِ الزَّوْجَةِ وَلَا لِلْوَلِيِّ بِاتِّفَاقٍ.

وَقَالَ فِي الْمَنْهَجِ السَّالِكِ: فَالزَّوْجُ يَمْلِكُ رَجْعَةَ زَوْجَتِهِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ مَا لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ رِضَاهَا، وَتَصِحُّ الرَّجْعَةُ بِالْقَوْلِ، وَتَصِحُّ أَيْضًا بِالْفِعْلِ الْحَالِّ مَحَلَّ الْقَوْلِ وَالدَّالِّ فِي الْعِدَّةِ عَلَى الِارْتِجَاعِ كَالْوَطْءِ وَالْقُبْلَةِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، بِشَرْطِ الْقَصْدِ إِلَى الِارْتِجَاعِ، وَاخْتُلِفَ فِي الْمَذْهَبِ إِذَا انْفَرَدَتْ النِّيَّةُ فِي ذَلِكَ دُونَ اللَّفْظِ، فَقِيلَ لَا تَصِحُّ

(١) الرسالة للقيرواني ص ٩٣.

الرَّجْعَةُ بِذَلِكَ، وَقِيلَ: تَصِحُّ وَهُوَ الصَّوَابُ. اهـ.

وَمَوْقِعُ الرَّجْعِيِّ دُونَ طُهْرِ ... يُمْنَعُ مَعَ رُجُوعِهِ بِالْقَهْرِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلَاقًا رَجْعِيًّا وَهِيَ حَائِضٌ، فَإِنَّهُ فَعَلَ مَمْنُوعًا، وَيُجْبَرُ عَلَى الرَّجْعَةِ، فَإِذَا ارْتَجَعَ أَمْسَكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ.

قَالَ فِي الْمُنْتَخَبِ: وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ أَوْ نُفَسَاءُ أُجْبِرَ عَلَى رَجْعَتِهَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ غَيْرَ مَدْخُولٍ، فَلَا بَأْسَ بِطَلَاقِهَا وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا، وَإِذَا أُجْبِرَ عَلَى رَجْعَتِهَا أَمْهَلَهَا حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ دَمِ حَيْضِهَا أَوْ نِفَاسِهَا، ثُمَّ ابْتِدَاءً أَوْ حِنْثًا أُجْبِرَ عَلَى الرَّجْعَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الْعِدَّةِ شَيْءٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: مَا لَمْ تَطْهُرْ مِنَ الثَّانِيَةِ فَإِنْ أَبَى ابْتِدَاءً أَوْ حِنْثًا أُجْبِرَ عَلَى الرَّجْعَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الْعِدَّةِ شَيْءٌ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: مَا لَمْ تَطْهُرْ مِنَ الثَّانِيَةِ، فَإِنْ أَبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ بِالْأَدَبِ، وَإِنْ أَبَى ارْتَجَعَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ، وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ.

التَّوْضِيح: لِأَنَّهُ لَمَّا طَلَّقَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ لِئَلَّا تَطُولَ الْعِدَّةُ، أُمِرَ بِالْمُرَاجَعَةِ لِيُوقِعَ الطَّلَاقَ عَلَى سُنَّتِهِ، فَلَوْ أُبِيحَ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَ إِذَا طَهُرَتْ مِنْ تِلْكَ الْحَيْضَةِ، كَانَتْ فِي مَعْنَى الْمُطَلَّقَةِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَكَانَتْ تَبْنِي عَلَى عِدَّتِهَا الْأُولَى فَيَتِمُّ مَقْصُودُهُ، فَأُمِرَ بِالْوَطْءِ لِيَقْطَعَ حُكْمَ الطَّلَاقِ الْأَوَّلِ، وَإِذَا وَطِئَهَا لَمْ يُمَكَّنْ مِنْ طَلَاقِهَا فِي ذَلِكَ الطُّهْرِ؛ لِأَنَّهُ ﷺ نُهِيَ عَنْ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ مَسَّهَا فِيهِ. اهـ.

وَفِي الْمُمَلَّكِ الْخِلَافُ وَالْقَضَا ... بِطَلْقَةٍ بَائِنَةٍ فِي الْمُرْتَضَى

قَالَ الشَّارِحُ: الطَّلَاقُ الْمُمَلَّكُ هُوَ طَلَاقُ الْخُلْعِ مِنْ غَيْرِ خُلْعٍ، وَفِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ، فَابْنُ الْقَاسِمِ يَقُولُ: هُوَ طَلْقَةٌ بَائِنَةٌ.

وَبِقَوْلِهِ: «الْقَضَاءُ». وَهُوَ قَوْلُ أَصْبَغَ، وَحَكَى سَحْنُونٌ عَنْ غَيْرِهِ أَنَّهَا الْبَتَّةُ، وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ هُوَ الَّذِي عَبَّرَ عَنْهُ بِالْمُرْتَضَى لِجَرَيَانِ الْعَمَلِ بِهِ.

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ: وَالْمُبَارَأَةُ إِذَا انْعَقَدَتْ بِغَيْرِ شَيْءٍ يَأْخُذُهُ الزَّوْجُ مِنَ الْمَرْأَةِ، فَهِيَ طَلْقَةٌ تَمْلِكُ بِهَا الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، لَا يُرَاجِعُهَا الزَّوْجُ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا

إِلَّا بِوَلِيٍّ وَصَدَاقٍ وَشُهُودٍ وَرِضَاهَا فِي قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ. اهـ. كَلَامُ الشَّارِحِ.

وَتَقَدَّمَ عَنِ الشَّارِحِ أَنَّ مِنْ أَمْثِلَةِ الْبِدْعِيِّ الْبَائِنِ الطَّلَاقُ الْمُمَلِّكُ، قَالَ: وَهُوَ طَلَاقُ الْخُلْعِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، وَكَأَنَّهُمْ أَرَادُوا بِالْخُلْعِ الْبَيْنُونَةَ، فَالطَّلَاقُ الْبَائِنُ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ هُوَ الْمُمَلِّكُ.

وَبَائِنٌ كُلُّ طَلَاقٍ أُوقِعَا ... قَبْلَ الْبِنَاءِ كَيْفَمَا قَدْ وَقَعَا

يَعْنِي أَنَّ كُلَّ طَلَاقٍ وَقَعَ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَإِنَّهُ بَائِنٌ.

قَالَ الشَّارِحُ: كَيْفَمَا وَقَعَ مِنْ كَوْنِهِ سُنِّيًّا أَوْ بِدْعِيًّا.

قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: وَالطَّلَاقُ قَبْلَ الْبِنَاءِ كُلُّهُ بَائِنٌ وَقَعَ عَلَى إِسْقَاطٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَمِمَّا يُنَاسِبُ أَنْ يُذْكَرَ هُنَا الطَّلَاقُ الَّذِي يُوقِعُهُ الْحَاكِمُ وَهُوَ كُلُّهُ بَائِنٌ مِثْلُ هَذَا إِلَّا الطَّلَاقَ عَلَى الْمُولِي وَفِي عَدَمِ النَّفَقَةِ. اهـ.

ثُمَّ نَقَلَ فَتْوَى بَعْضِ الشُّيُوخِ بِكَوْنِ طَلَاقِ مُثْبِتَةِ الضَّرَرِ رَجْعِيًّا، قَالَ: وَهُوَ غَلَطٌ.

قَالَ مُقَيِّدُهُ عَفَا اللهُ عَنْهُ: وَقَدْ كُنْتُ قُلْتُ فِي ذَلِكَ تَذْيِيلاً لِقَوْلِ النَّاظِمِ: «وَبَائِنٌ كُلُّ طَلَاقٍ أُوقِعَا». بَيْتًا هُوَ:

كَذَا الَّذِي يُوقِعُهُ الْقَاضِي عَدَا ... طَلَاقِ مُولٍ مُعْسِرٍ رَجْعِيٌّ بَدَا

قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللهُ:

وَبِالثَّلَاثِ لَا تَحِلُّ إِلَّا ... مِنْ بَعْدِ زَوْجٍ لِلَّذِي تَخَلَّى

وَهْيَ لِحُرٍّ مُنْتَهَى الطَّلَاقِ ... وَحُكْمُهَا يَنْفُذُ بِالْإِطْلَاقِ

هَبْ أَنَّهَا فِي كِلْمَةٍ قَدْ جُمِعَتْ ... أَوْ طَلْقَةٍ مِنْ بَعْدِ أُخْرَى وَقَعَتْ

وَمُوقِعٌ مَا دُونَهَا مَعْدُودُ ... بَيْنَهُمَا إِنْ قُضِيَ التَّجْدِيدُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا فَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ إِلَّا مِنْ بَعْدِ زَوْجٍ، وَهُوَ مَعْنَى الْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَالَّذِي تَخَلَّى عَنْهَا هُوَ الَّذِي طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَلِلَّذِي يَتَعَلَّقُ بِتَحِلُّ وَإِنَّمَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ زَوْجٍ بِشُرُوطٍ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الَّذِي تَزَوَّجَتْهُ بَالِغًا، وَالزَّوْجَةُ مُطِيقَةٌ لِلْوَطْءِ، فَلَا تَحِلُّ

بِنِكَاحِ غَيْرِ الْبَالِغِ، وَلَا بِوَطْءِ الزَّوْجِ الْبَالِغِ مَنْ لَا تُطِيقُ الْوَطْءَ، فَإِنَّ وَطْأَهَا كَالْعَدَمِ، وَلَا يُشْتَرَطُ بُلُوغُهَا، بَلْ أَنْ تُطِيقَ الْوَطْءَ فَقَطْ.

الثَّانِي: أَنْ يَطَأَهَا وَطْئًا مُبَاحًا، فَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَ وَطْءٍ غَيْرِ مُبَاحٍ كَالْوَطْءِ فِي الدُّبُرِ أَوْ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ أَوْ فِي الْحَيْضِ، فَلاَ تَحِلُّ بِذَلِكَ.

الثَّالِثُ: أَنْ يَتَقَارَرَ الزَّوْجَانِ عَلَى الْوَطْءِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَلَوْ ادَّعَتْ الْوَطْءَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَأَنْكَرَهُ الزَّوْجُ، فَثَالِثُهَا لِابْنِ الْقَاسِمِ إِنْ كَانَ بَعْدَ الطَّلاَقِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا[١].

وَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ أَيْضًا قَبْلَهُ: وَيَكْفِي إِيلاَجُ الْحَشَفَةِ أَوْ مِثْلِهَا مِنْ مَقْطُوعِهَا فِي الْقُبُلِ وَلَوْ كَانَ خَصِيًّا عَلَى الْمَنْصُوصِ[٢].

التَّوْضِيحَ: قَوْلُهُ: وَيَكْفِي إِيلاَجُ الْحَشَفَةِ. أَيْ: وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِنْزَالِ، وَفَسَّرَ مَالِكٌ فِي الْمَوَّازِيَّةِ الْعُسَيْلَةَ الْمُشْتَرَطَةَ بِإِيلاَجِ الْحَشَفَةِ، وَقَوْلُهُ: فِي الْقُبُلِ. ظَاهِرُهُ أَنَّهَا لَا تَذُوقُ الْعُسَيْلَةَ إِلَّا فِي الْقُبُلِ، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: وَيَكْفِي إِيلاَجُ الْحَشَفَةِ أَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَكْفِي. ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ وَطِئَ فَوْقَ الْفَرْجِ فَأَنْزَلَ وَدَخَلَ مَاؤُهُ فِي فَرْجِهَا وَأَنْزَلَتْ هِيَ، فَلاَ يُحْصِنُهَا[٣]. وَقَوْلُهُ: وَلَوْ كَانَ خَصِيًّا. يَعْنِي قَائِمَ الذَّكَرِ مَقْطُوعَ الْخُصْيَتَيْنِ.

الرَّابِعُ: الاِنْتِشَارُ فِي الْوَطْءِ، أَيْ قِيَامُ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّ الْعُسَيْلَةَ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِهِ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَالشَّاذُّ لِابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْمَوَّازِيَّةِ.

الْخَامِسُ: عِلْمُ الزَّوْجَةِ خَاصَّةً بِالْوَطْءِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: عِلْمُ الزَّوْجِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: وَلَوْ كَانَا مَجْنُونَيْنِ حَلَّتْ. قَالَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ[٤].

التَّوْضِيحَ: وَرَأَى اللَّخْمِيُّ أَنَّهَا لَا تَحِلُّ إِلَّا بِأَنْ يَكُونَا عَالِمَيْنِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ»[٥].

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٦٦.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٦٦.

(٣) مواهب الجليل ٥/١١٩.

(٤) جامع الأمهات ص ٢٦٦.

(٥) صحيح البخاري (كتاب: الشهادات/باب: شهادة المختبي/حديث رقم: ٢٦٣٩) و(كتاب:=

السَّادِسُ: أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ صَحِيحًا.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا تَحِلُّ بِنِكَاحٍ غَيْرِ صَحِيحٍ كَنِكَاحِ الْمُحَلِّلِ، ثُمَّ قَالَ: وَلَا تَحِلُّ الذِّمِّيَّةُ بِنِكَاحِ الذِّمِّيِّ لِفَسَادِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ[(١)].

السَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ لَازِمًا.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا بِنِكَاحٍ غَيْرِ لَازِمٍ كَنِكَاحِ الْعَبْدِ الْمُتَعَدِّي، وَنِكَاحِ ذَاتِ الْعَيْبِ، أَوْ الْمَغْرُورَةِ، أَوْ ذِي الْعَيْبِ، أَوْ الْمَغْرُورِ إِلَّا إِذَا لَزِمَ بِإِجَازَةِ السَّيِّدِ وَرَضِيَ الزَّوْجُ أَوْ الزَّوْجَةُ وَوَطِئَ بَعْدَ اللُّزُومِ[(٢)].

التَّوْضِيحَ: قَوْلُهُ: الْمَغْرُورِ أَوْ الْمَغْرُورَةِ. أَيْ بِالْحُرِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ: إِلَّا إِذَا لَزِمَ بِإِجَازَةِ السَّيِّدِ. رَاجِعٌ إِلَى الْعَبْدِ، وَقَوْلُهُ: وَرَضِيَ الزَّوْجُ أَوْ الزَّوْجَةُ. رَاجِعٌ إِلَى صُورَتَيْ الْعَيْبِ وَالْغُرُورِ، وَقَوْلُهُ: وَوَطِئَ بَعْدَ اللُّزُومِ. يَعْنِي فِي الْخَمْسَةِ. اهـ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا تَحِلُّ بِعَقْدٍ وَلَا بِوَطْءِ مِلْكٍ[(٣)].

قَوْلُهُ: «وَهِيَ لِحُرٍّ». أَيْ: الثَّلَاثُ، يَعْنِي وَأَمَّا الْعَبْدُ فَطَلْقَتَانِ، وَقَوْلُهُ: «وَحُكْمُهَا» أَيْ حُكْمُ الثَّلَاثِ، وَحُكْمُ الثَّلَاثِ هُوَ تَحْرِيمُ الزَّوْجَةِ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ، وَالْإِطْلَاقُ يُفَسِّرُهُ مَا فِي الْبَيْتِ بَعْدَهُ يَلِيهِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا فِي كَلِمَةٍ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا. أَوْ يُطَلِّقَهَا ثُمَّ يُرَاجِعَهَا ثُمَّ يُطَلِّقُهَا إِلَى الثَّلَاثِ الْحُكْمُ وَاحِدٌ، إِلَّا أَنَّهُ فِي ثَلَاثِ مَرَّاتٍ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ، وَفِي كَلِمَةٍ فِيهِ خِلَافٌ ضَعِيفٌ.

ابْنُ نَاجِي: مَذْهَبُنَا لُزُومُ الثَّلَاثِ، وَقِيلَ: بِلُزُومِ طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ. أُنْظُرْ تَمَامَ كَلَامِهِ.

وَانْظُرْ الْفَائِقَ فِي أَحْكَامِ الْوَثَائِقِ لِسَيِّدِي أَحْمَدَ الْوَنْشَرِيسِيِّ، فَقَدْ أَطَالَ فِي الْمَسْأَلَةِ بِنَحْوِ وَرَقَتَيْنِ، وَذَلِكَ قَبْلَ تَرْجَمَةِ نَوَازِلِ الطَّلَاقِ وَفُرُوعِهِ.

قَوْلُهُ: «وَمَوْقِعُ مَا دُونَهَا...» الْبَيْتَ. وَالْمَعْنَى أَنَّ مَنْ أَوْقَعَ مِنْ الطَّلَاقِ مَا دُونَ الثَّلَاثِ مِنْ وَاحِدَةٍ أَوْ اثْنَتَيْنِ، فَإِنَّ مَا أَوْقَعَهُ مَعْدُودٌ عَلَيْهِ وَمَحْسُوبٌ عَلَيْهِ إِنْ قَضَى اللهُ تَعَالَى

=الطلاق/باب: من أجاز طلاق الثلاث/حديث رقم: ٥٢٦٠، ٥٢٦١) صحيح مسلم (كتاب: النكاح/باب: لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجًا غيره/حديث رقم: ١٤٣٣).

(١) جامع الأمهات ص ٢٦٥.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٦٥.

(٣) جامع الأمهات ص ٢٦٥.

بِتَجْدِيدِ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا، فَإِذَا طَلَّقَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا فَتَبْقَى عِنْدَهُ عَلَى طَلْقَتَيْنِ، وَإِذَا طَلَّقَهَا طَلْقَتَيْنِ ثُمَّ رَاجَعَهَا فَتَبْقَى عِنْدَهُ عَلَى طَلْقَةٍ، وَلَوْ تَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ فِي خِلَالِ ذَلِكَ ثُمَّ رَاجَعَهَا، فَإِنَّهُ يُحْسَبُ عَلَيْهِ مَا كَانَ طَلَّقَهَا قَبْلَ تَزَوُّجِهَا لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ الْأَجْنَبِيَّ لَا يَهْدِمُ إِلَّا الثَّلَاثَ، فَلَوْ زَادَ النَّاظِمُ بَعْدَ: «وَمُوقِعُ مَا دُونَهَا مَعْدُودُ...» الْبَيْتَ. قَوْلَهُ مَثَلاً:

وَلَـــوْ تَزَوَّجَـــتْ لِغَـــيْرِهِ وَلَا ... يَهْـدِمُ ذَا إِلَّا الـثَّلَاثَ مُـسَجَّلاً

وَمَعْنَى «مُسْجَلاً» مُطْلَقًا، وَمَعْنَاهُ أَنَّ نِكَاحَ الْأَجْنَبِيِّ يَهْدِمُ الثَّلَاثَ كَانَتْ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ كَلِمَاتٍ.

فصل في الخلع

وَالْخُلْــعُ سَـــائِغٌ وَالافْتِـــدَاءُ فَالافْتِـــدَاءُ بِالَّـــذِي تَـــشَاءُ
وَالْخُلْـعُ بِـاللاَّزِمِ فِي الـصَّدَاقِ أَوْ حَمْـلٍ أَوْ عِـدَّةٍ أَوْ إنْفَـاقِ
وَلَـيْسَ لِـلأَبِ إذَا مَـاتَ الْوَلَـدْ شَيْءٌ وَذَا بِـهِ الْقَـضَاءُ فِي الْمَـدَدْ

الرَّصَّاعُ: لَمْ يُعَرِّفْ الشَّيْخُ الْخُلْعَ، وَوَقَعَ لِبَعْضِ الشُّيُوخِ مِنْ تَلاَمِذَتِهِ أَنَّهُ عَرَّفَهُ بِقَوْلِهِ: عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى الْبُضْعِ تَمْلِكُ بِهِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، وَيَمْلِكُ بِهِ الزَّوْجُ الْعِوَضَ. ثُمَّ قَالَ: وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ فِي رَسْمِهِ صِفَةٌ حُكْمِيَّةٌ تَرْفَعُ حِلِّيَّةَ مُتْعَةِ الزَّوْجِ بِسَبَبِ عِوَضٍ عَلَى التَّطْلِيقِ[1].

وَقَوْلُهُ: «وَالْخُلْعُ سَائِغٌ...» إلَخْ. يَعْنِي أَنَّ الْخُلْعَ جَائِزٌ وَالافْتِدَاءُ بِهِ كَذَلِكَ جَائِزٌ، ثُمَّ فَسَّرَ كُلاًّ مِنْهُمَا، فَفَسَّرَ الافْتِدَاءَ بِأَنَّهُ افْتِدَاءُ الزَّوْجَةِ بِبَعْضِ مَالِهَا، وَفَسَّرَ الْخُلْعَ بِأَنَّهُ الافْتِدَاءُ بِاللاَّزِمِ فِي الصَّدَاقِ وَبِمُؤْنَةِ حَمْلٍ وَخَرَاجِ عِدَّةٍ وَإِنْفَاقٍ عَلَى وَلَدٍ، وَهَذَا الْفَرْقُ مُجَرَّدُ اصْطِلاَحٍ لِأَهْلِ كُتُبِ الْأَحْكَامِ.

وَمَعْنَى قَوْلِ الْمُوَثِّقِ فِي وَثِيقَةِ الطَّلاَقِ: وَتَحَمَّلَتْ لَهُ بِخَرَاجِ عِدَّتِهَا. يَعْنِي كِرَاءَ مَسْكَنِهَا مُدَّةَ الْعِدَّةِ، فَيَلْزَمُهَا ذَلِكَ إنْ كَانَتْ الدَّارُ بِكِرَاءٍ، أَوْ الْتَزَمَتْ غُرْمَ الْكِرَاءِ لَهُ إنْ كَانَتْ الدَّارُ لَهُ. قَالَهُ فِي وَثَائِقِ الْقَشْتَالِيِّ.

فَإِذَا مَاتَ الْوَلَدُ الَّذِي الْتَزَمَتْ الزَّوْجَةُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ، فَلاَ يَجِبُ عَلَيْهَا لِأَبِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ شَيْءٌ عَلَى مَا جَرَى بِهِ الْحُكْمُ وَالْقَضَاءُ فِي هَذِهِ الْأَزْمِنَةِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَلَيْسَ لِلأَبِ إذَا مَاتَ الْوَلَدْ...» الْبَيْتَ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْتُ لَهُ: فَمَا الْمُبَارَأَةُ؟ وَمَا الْخُلْعُ؟ وَمَا الْفِدْيَةُ؟ قَالَ: الْمُبَارَأَةُ أَنْ تَقُولَ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ: خُذْ مَا أَعْطَيْتَنِي وَاتْرُكْنِي. وَالْخُلْعُ: أَنْ يَخْتَلِعَ بِالَّذِي لَهَا كُلِّهِ. وَالْفِدْيَةُ: أَنْ تَفْتَدِيَ بِبَعْضٍ وَتُمْسِكَ بَعْضًا.

قُلْتُ: أَفَيَحِلُّ لِلزَّوْجِ مَا أَعْطَتْهُ عَلَى ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، إذَا لَمْ يَكُنْ عَنْ إضْرَارٍ مِنْهُ لَهَا. وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: مَا رَأَيْتُ أَحَدًا مِمَّنْ يُقْتَدَى بِهِ يَكْرَهُ أَنْ تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةُ بِأَكْثَرَ مِنَ

---

(١) شرح الحدود لابن عرفة ١/٣٨٦، ومنح الجليل ٤/٣.

صَدَاقِهَا، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩][١]. وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَنْ إِضْرَارٍ مِنْ الزَّوْجِ بِهَا وَلَا تَضْيِيقٍ عَلَيْهَا.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ: اخْتَصَرَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذِكْرَ الْمُبَارَأَةِ، وَهِيَ فِي الْمُدَوَّنَةِ مَعَ الْخُلْعِ وَالْفِدْيَةِ فِي نَسَقٍ وَاحِدٍ.

وَفِي الْمُقَرَّبِ: قُلْتُ لَهُ: فَإِنْ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ لَا سُكْنَى عَلَى الزَّوْجِ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَ إِنَّمَا شَرَطَ عَلَيْهَا كِرَاءَ الْمَنْزِلِ الَّذِي تَعْتَدُّ فِيهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ فِي مَسْكَنِ الْكِرَاءِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ تَسْكُنُ فِي مَسْكَنِ الزَّوْجِ، فَاشْتَرَطَ أَنَّ عَلَيْهَا كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا فِي كِرَاءِ الْمَسْكَنِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا اشْتَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ تَخْرُجَ مِنْ الْمَنْزِلِ الَّذِي تَعْتَدُّ فِيهِ، فَهَذَا لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ، وَتَسْكُنُ بِغَيْرِ شَرْطٍ وَالْخُلْعُ مَاضٍ. قُلْتُ لَهُ: فَإِنْ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجِ وَنَفَقَةَ الْوَلَدِ عَلَيْهَا إِلَى فِطَامِهِ؟ فَقَالَ: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا اخْتَلَعَتْ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ وَتُنْفِقَ عَلَيْهِ إِلَى فِطَامِهِ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَإِنْ مَاتَتْ كَانَ الرَّضَاعُ وَالنَّفَقَةُ فِي مَالِهَا[٢]. وَفِيهِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ قُلْتُ لِمَالِكٍ: فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ أَيَكُونُ لِلزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ شَيْءٌ؟ فَقَالَ: مَا رَأَيْتُ أَحَدًا طَلَبَ ذَلِكَ، وَكَأَنَّهُ ذَهَبَ إِلَى أَنَّهَا إِنَّمَا أَبْرَأَتْهُ مِنْ رَضَاعِ ابْنِهِ حَتَّى تَفْطِمَهُ، وَإِنْ ذَهَبَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا شَيْءٌ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: «فَالافْتِدَاءُ بِالَّذِي تَشَاءُ». أَيْ بِمَا تُرِيدُهُ مِنْ مَالِهَا دُونَ مَا لَمْ تُرِدْهُ، فَيُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ الافْتِدَاءَ بِبَعْضِ مَالِهَا لَا بِكُلِّهِ، «فَالافْتِدَاءُ» مُبْتَدَأٌ، وَ«بِالَّذِي» خَبَرُهُ لَا مُتَعَلِّقٌ بِهِ.

وَقَوْلُهُ: «وَالْخُلْعُ بِاللاَّزِمِ...» إلَخْ. «الْخُلْعُ» مُبْتَدَأٌ، وَ«بِاللاَّزِمِ» خَبَرُهُ، أَيْ بِالَّذِي هُوَ لَازِمٌ لَهَا عَلَيْهِ مِنْ صَدَاقٍ لَمْ تَقْبِضْهُ «أَوْ حَمْلٍ» عَطْفٌ عَلَى الصَّدَاقِ مَدْخُولٌ لَازِمٌ، أَيْ بِاللاَّزِمِ فِي الْحَمْلِ مِنْ النَّفَقَةِ عَلَيْهِ، وَاللاَّزِمُ فِي الْعِدَّةِ أَيْ مِنْ كِرَاءِ الْمَسْكَنِ، كَمَا تَقَدَّمَ عَنْ وَثَائِقِ الْقَشْتَالِيِّ، وَبِاللاَّزِمِ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى الْوَلَدِ بَعْدَ وَضْعِهِ.

وَقَوْلُهُ: «وَلَيْسَ لِلأَبِ». أَيْ لَيْسَ لِأَبِ الْوَلَدِ شَيْءٌ عَلَى الْمَرْأَةِ إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ الَّتِي الْتَزَمَتْ نَفَقَتَهُ فِيهَا لِلأَبِ.

---

(١) المدونة ٢/ ٢٤٥.

(٢) المدونة ٢/ ٢٤٩.

وَالْخُلْعُ بِالْإِنْفَاقِ مَحْدُودُ الْأَجَلْ بَعْدَ الرَّضَاعِ بِجَوَازِهِ الْعَمَلْ

وَجَازَ قَوْلًا وَاحِدًا حَيْثُ الْتُزِمْ ذَاكَ وَإِنْ مُخَالِعٌ بِهِ عُدِمْ

يَعْنِي أَنَّ الْعَمَلَ عَلَى جَوَازِ الْخُلْعِ أَنْ تُنْفِقَ الْمَرْأَةُ عَلَى الْوَلَدِ أَجَلاً مَحْدُودًا بَعْدَ حَوْلَيِ الرَّضَاعِ يَلْزَمُهَا ذَلِكَ، وَمَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ سُقُوطُ نَفَقَةِ الزَّائِدِ عَلَى الْحَوْلَيْنِ.

التَّوْضِيحَ: وَقَالَ الْمَخْزُومِيُّ وَالْمُغِيرَةُ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ وَأَشْهَبُ وَابْنُ نَافِعٍ وَسَحْنُونٌ: لَا تَسْقُطُ. وَهُوَ الصَّوَابُ عِنْدَ جَمَاعَةِ الشُّيُوخِ.

حَتَّى قَالَ ابْنُ لُبَابَةَ: الْخَلْقُ كُلُّهُمْ عَلَى خِلَافِ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرِوَايَتِهِ.

الْمُتَيْطِيُّ: قَالَ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ الْمُوَثِّقِينَ: وَالْعَمَلُ عَلَى الْقَوْلِ، وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ غَايَتَهُ غَرَرٌ، وَالْغَرَرُ جَائِزٌ هُنَا، وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ آخَرَانِ: الْأَوَّلُ: رِوَايَةُ ابْنِ زِيَادٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْعَامَيْنِ وَمَا قَارَبَهُمَا لَا أَكْثَرَ، وَالثَّانِي: قَالَ أَصْبَغُ: أَكْرَهُهُ ابْتِدَاءً، فَإِنْ وَقَعَ أَمْضَيْتُهُ.اهـ.

قَوْلُهُ: «وَجَازَ قَوْلًا وَاحِدًا...» الْبَيْتُ. مِنْهُ يُفْهَمُ أَنَّ مَا قَبْلَهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ وَهُوَ كَذَلِكَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ قَرِيبًا أَنَّ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَقْوَالٍ، وَأَشَارَ بِهَذَا الْبَيْتِ إِلَى قَوْلِهِ فِي التَّوْضِيحِ إِثْرَ مَا تَقَدَّمَ مُتَّصِلاً بِهِ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ وَغَيْرُهُ: وَهَذَا الْخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ إِذَا وَقَعَ الْخُلْعُ عَلَى ذَلِكَ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ إِثْبَاتَ ذَلِكَ -إِنْ مَاتَ الْوَلَدُ- وَلَا سُقُوطَهُ. وَأَمَّا شَرْطُ الْأَبِ نَفَقَةَ الِابْنِ مُدَّةً مَعْلُومَةً -عَاشَ الْوَلَدُ أَوْ مَاتَ-، فَيَجُوزُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ، فَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ أَخَذَ الْأَبُ ذَلِكَ مِنْهَا مُشَاهَرَةً حَتَّى يَتِمَّ الْأَجَلُ، وَكَذَلِكَ الْأَبُ. اهـ.

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: فَإِنْ مَاتَ الِابْنُ فِي الْمُدَّةِ لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ رُجُوعٌ فِيمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَحَمَّلَتْ عَنْهُ دَفْعَ مُؤْنَتِهِ، وَلَوْ مَاتَتْ هِيَ وَقَفَ مِنْ مَالِهَا قَدْرَ مُؤْنَةِ الِابْنِ إِلَى انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، فَإِنْ مَاتَ الِابْنُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا رَجَعَ مَا بَقِيَ مِمَّا وَقَفَ إِلَى وَرَثَةِ الْمَرْأَةِ، وَأَمَّا إِنْ أَفْلَسَتْ الْمَرْأَةُ رَجَعَ ذَلِكَ الْمَوْقُوفُ إِلَى الْغُرَمَاءِ إِنْ كَانَ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِمْ لِلزَّوْجِ مُحَاصَّةَ الْغُرَمَاءِ بِالنَّفَقَةِ، وَأَمَّا لَوْ اشْتَرَطَ الزَّوْجُ نَفَقَةَ الصَّبِيِّ مُدَّةً مَعْلُومَةً -عَاشَ أَوْ مَاتَ وَذَلِكَ لِلأَبِ لَازِمٌ عَلَى الْأُمِّ- لَجَازَ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَغَيْرِهِ، وَمُرَادُ النَّاظِمِ بِالْمُخَالَعِ بِهِ: الْوَلَدُ، مَعْنَى «عُدِمَ» مَاتَ، وَفَاعِلُ جَازَ يَعُودُ عَلَى الْخُلْعِ، وَذَلِكَ إِشَارَةٌ لِنَفَقَةِ

الْوَلَدِ.

وَلِلأَبِ التَّرْكُ مِنَ الصَّدَاقِ أَوْ وَضْعُهُ لِلْبِكْرِ فِي الطَّلاَقِ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلأَبِ أَيْ دُونَ غَيْرِهِ مِنْ سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ إِذَا زَوَّجَ بِنْتَهُ الْبِكْرَ أَنْ يَضَعَ مِنْ صَدَاقِهَا مَا يَرَاهُ سَدَادًا وَنَظَرًا لِابْنَتِهِ، وَلَهُ أَيْضًا أَنْ يَضَعَ جَمِيعَهُ فِي الطَّلاَقِ قَبْلَ المَسِيسِ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لِلأَبِ أَنْ يَضَعَ عَنْ زَوْجِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ الَّتِي فِي حِجْرِهِ وَتَحْتَ وِلَايَةِ نَظَرِهِ مِنْ مُعَجَّلِ مَهْرِهَا وَمُؤَجَّلِهِ مَا يَرَاهُ سَدَادًا وَنَظَرًا لِابْنَتِهِ، وَلَهُ أَيْضًا أَنْ يُؤَخِّرَ بِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضَعَ جَمِيعَ المَهْرِ إِلَّا عَلَى الطَّلاَقِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ لِلْوَصِيِّ وَلَا لِلْوَلِيِّ.

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ مُحَمَّدٍ: قَالَ مَالِكٌ: لِلأَبِ أَنْ يُزَوِّجَ الْبِكْرَ بِأَقَلَّ مِنْ صَدَاقِ مِثْلِهَا عَلَى النَّظَرِ، وَلَا يَحُطُّ مِنَ الصَّدَاقِ بَعْدَ الْعَقْدِ إِلَّا عَلَى الطَّلاَقِ أَوْ بَعْدَ وُقُوعِ الطَّلاَقِ قَبْلَ الْبِنَاءِ يَهَبُهُ لِلزَّوْجِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ عَلَيْهَا.

وَفِي ابْنِ الحَاجِبِ: [وَعَفْوُهُ فِي][1] الْبِكْرِ عَنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ بَعْدَ الطَّلاَقِ مَاضٍ لَا قَبْلَهُ، وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إِلَّا بِوَجْهِ نَظَرٍ[2].

التَّوْضِيحُ: لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أَيْ: النِّسَاءُ الـمَالِكَاتُ لِأَمْرِهِنَّ عَنْ النِّصْفِ الَّذِي لَهُنَّ ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وَمَذْهَبُ مَالِكٍ أَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ الأَبُ فِي ابْنَتِهِ وَالسَّيِّدُ فِي أَمَتِهِ، وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ أَنَّهُ الزَّوْجُ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُكَمِّلَ الصَّدَاقَ، وَقَالَ بِكُلٍّ مِنَ الْقَوْلَيْنِ جَمَاعَةٌ.

وَيَنْفُذُ الطَّلاَقُ بِالتَّصْرِيحِ وَبِالْكِنَايَاتِ عَلَى الصَّحِيحِ

أَشَارَ بِالْبَيْتِ إِلَى أَنَّ الطَّلاَقَ يَلْزَمُ بِاللَّفْظِ الصَّرِيحِ وَبِالْكِنَايَةِ، وَاللَّفْظُ أَحَدُ أَرْكَانِ الطَّلاَقِ، وَالطَّلاَقُ لَهُ أَرْكَانٌ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ: وَهُوَ الزَّوْجُ، وَالمَحَلُّ وَهُوَ الزَّوْجَةُ، وَالْقَصْدُ، وَاللَّفْظُ. فَالْأَهْلُ مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ، فَلاَ يَنْفُذُ طَلاَقُ الْكَافِرِ وَلَا الصَّبِيِّ وَلَا المَجْنُونِ، بِخِلاَفِ السَّكْرَانِ فَيَمْضِي طَلاَقُهُ.

(١) في جامع الأمهات [وعفو أبي].

(٢) جامع الأمهات ص ٢٨٢.

وَالمَحَلُّ شَرْطُهُ أَنْ يَمْلِكَهُ الزَّوْجُ قَبْلَ الطَّلاَقِ، وَالمِلْكُ إمَّا تَحْقِيقًا أَوْ تَعْلِيقًا، فَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ. فَنَكَحَهَا فَدَخَلَتْ الدَّارَ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ إلَّا أَنْ يَنْوِيَ إنْ نَكَحْتُك، فَلَوْ قَالَ: إنْ نَكَحْتُك فَأَنْتِ طَالِقٌ. فَالمَشْهُورُ اعْتِبَارُهُ، وَتَطْلُقُ عَلَيْهِ عَقِبَ الْعَقْدِ عَلَيْهَا وَيَلْزَمُهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ. وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالصَّدَاقُ كَامِلاً.

وَالقَصْدُ هُوَ الْقَصْدُ لِلطَّلاَقِ، فَلاَ أَثَرَ لِسَبْقِ اللِّسَانِ إذَا جَاءَ مُسْتَفْتِيًا، وَلَا أَثَرَ لِلَّفْظِ يَجْهَلُ مَعْنَاهُ كَمَا إذَا قِيلَ لِأَعْجَمِيٍّ: قُلْ زَوْجَتِي طَالِقٌ. فَقَالَهُ فَلاَ يَلْزَمُهُ لِعَدَمِ الْقَصْدِ، وَلَا أَثَرَ لِطَلاَقِ الْإِكْرَاهِ كَنِكَاحِهِ وَعِتْقِهِ وَغَيْرِهِ لِعَدَمِ الْقَصْدِ.

وَاللَّفْظُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ وَغَيْرُهُمَا، فَالصَّرِيحُ مَا فِيهِ صِيغَةُ طَلاَقٍ مِثْلُ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ أَنَا طَالِقٌ، فَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ: لَمْ أُرِدْ بِهِ الطَّلاَقَ. إذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَكَذَلِكَ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ فِي الْفَتْوَى إذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّهُ أَتَى بِهَذَا اللَّفْظِ قَاصِدًا إلَى النُّطْقِ بِهِ، وَقَالَ: لَمْ أُرِدْ بِهِ الطَّلاَقَ. إذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَيَلْزَمُهُ، وَالْكِنَايَةُ قِسْمَانِ: ظَاهِرٌ وَمُحْتَمَلٌ، فَالظَّاهِرُ مَا هُوَ فِي الْعُرْفِ طَلاَقٌ مِثْلُ سَرَّحْتُك، وَفَارَقْتُك، وَأَنْتِ حَرَامٌ، وَبَتَّةٌ، وَبَتْلَةٌ، وَخَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَبَائِنٌ، وَحَبْلُك عَلَى غَارِبِك، وَنَحْوُ هَذَا. وَهُوَ كَالصَّرِيحِ فِي أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ الطَّلاَقَ، وَاخْتُلِفَ فِي اللاَّزِمِ فِي ذَلِكَ عَلَى سِتَّةِ أَقْوَالٍ حَكَاهَا ابْنُ الْحَاجِبِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَهِيَ رَاجِعَةٌ إلَى ثَلاَثَةِ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: أَنَّهَا ثَلاَثٌ، وَاخْتُلِفَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، هَلْ هِيَ الثَّلاَثُ فِي المَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِهَا وَلَا يَنْوِي، أَوْ الثَّلاَثُ وَيَنْوِي فِيهَا، أَوْ يَنْوِي فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا فَقَطْ؟

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهَا طَلْقَةٌ، وَاخْتُلِفَ عَلَيْهِ، فَقِيلَ: بَائِنَةٌ. وَقِيلَ: رَجْعِيَّةٌ.

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّهَا ثَلاَثٌ فِي المَدْخُولِ بِهَا وَوَاحِدَةٌ فِي غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا. اهـ.

وَالْكِنَايَةُ المُحْتَمَلَةُ مِثْلَ: اذْهَبِي، وَانْصَرِفِي، وَاعْزُبِي، وَأَنْتِ حُرَّةٌ، وَمُعْتَقَةٌ، وَالْحَقِي بِأَهْلِك، وَلَسْتِ لِي بِامْرَأَةٍ، أَوْ لَا نِكَاحَ بَيْنِي وَبَيْنَكِ. فَتُقْبَلُ دَعْوَاهُ فِي أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ الطَّلاَقَ.

وَفِي عَدَدِهِ إذَا قَالَ: أَرَدْت الطَّلاَقَ وَقَصَدْت وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ. قُبِلَ ذَلِكَ مِنْهُ.

قَالَ أَصْبَغُ: وَإِنْ نَوَى بِهِ الطَّلاَقَ وَلَمْ يَنْوِ عَدَدًا فَهُوَ الْبَتَّةُ مَدْخُولًا بِهَا أَمْ لَا؟ قَالَهُ فِي التَّوْضِيحِ.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: وَهُوَ مَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَلَا كِنَايَةٍ، فَذَلِكَ مِثْلَ: اسْقِينِي المَاءَ فَإِنْ قَصَدَ بِهِ الطَّلاَقَ وَقَعَ عَلَى المَشْهُورِ، وَفِيهَا كُلُّ كَلاَمٍ يَنْوِي بِهِ الطَّلاَقَ فَهُوَ طَلاَقٌ. اهـ.

وَجَمِيعُ ذَلِكَ مِنْ ابْنِ الْحَاجِبِ وَجُلُّهُ بِاللَّفْظِ، وَقَدْ بَحَثَ فِي التَّوْضِيحِ فِي بَعْضِ الْأَلْفَاظِ الْمُمَثَّلِ بِهَا فَلْيُرَاجِعْهُ مَنْ أَرَادَهُ.

وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ الْكَافِي أَنَّ صَرِيحَ الطَّلَاقِ مَا نَطَقَ بِهِ الْقُرْآنُ الْعَظِيمُ مِنْ الطَّلَاقِ وَالسَّرَاحِ وَالْفِرَاقِ، قَالَ تَعَالَى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وَقَالَ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]. وَقَالَ فِي الْآيَةِ الْأُخْرَى: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢].

ثُمَّ قَالَ: قَالَ ابْنُ مَرْزُوقٍ فِي مَنْهَجِهِ السَّالِكِ: وَلَهُ يَعْنِي الطَّلَاقَ لَفْظَانِ: صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ، فَالصَّرِيحُ مَا جَاءَ فِيهِ لَفْظُ الطَّلَاقِ، كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَشِبْهُ ذَلِكَ، وَالْكِنَايَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: كِنَايَةٌ ظَاهِرَةٌ: كَخَلِيَّةٍ، وَبَرِيَّةٍ، وَحَرَامٍ، وَحَبْلُك عَلَى غَارِبِك، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا وَيَنْوِي فِي أَقَلَّ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا. وَكِنَايَةٌ مُحْتَمَلَةٌ كَقَوْلِهِ: اذْهَبِي وَانْصَرِفِي وَشِبْهُ ذَلِكَ. وَكِنَايَةٌ لَا يَقْتَضِي لَفْظُهَا طَلَاقًا كَقَوْلِهِ: اسْقِينِي مَاءً، أَوْ أَلْبِسِينِي ثِيَابَك، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الطَّلَاقَ. اهـ.

فَجَعَلَ الْكِنَايَةَ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ، وَإِنْ قَصَدَ الطَّلَاقَ بِاسْقِينِي الْمَاءَ وَنَحْوِهِ مِنْ الْكِنَايَةِ، وَتَقَدَّمَ أَنَّ ابْنَ الْحَاجِبِ جَعَلَهُ قِسْمًا ثَالِثًا لَيْسَ مِنْ الصَّرِيحِ وَلَا مِنْ الْكِنَايَةِ.

قَالَ الشَّارِحُ: قَوْلُ النَّاظِمِ: «وَبِالْكِنَايَاتِ» بِلَفْظِ الْجَمْعِ يُرِيدُ أَضْرُبَهَا الثَّلَاثَةَ الَّتِي فَصَّلَهَا ابْنُ زَرْقُون إِلَيْهَا إِذَا أُرِيدَ بِهَا الطَّلَاقُ. اهـ.

وَهُوَ ظَاهِرٌ إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى النَّظَرُ فِي مُقَابِلِ الصَّحِيحِ مَا هُوَ، فَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الرَّصَّاعُ فِي شَرْحِ النِّكَاحِ الَّذِي تَحِلُّ بِهِ الْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا لِلَّذِي طَلَّقَهَا: وَالْفَرْقُ بَيْنَ التَّعْرِيضِ وَالْكِنَايَةِ أَنَّ الْكِنَايَةَ إِنَّمَا يَذْكُرُ الشَّيْءَ بِذِكْرِ لَازِمِهِ كَقَوْلِنَا: فُلَانٌ طَوِيلُ النِّجَادِ. وَالتَّعْرِيضُ أَنْ يَذْكُرَ كَلَامًا يُحْتَمَلُ مَقْصُودُهُ وَغَيْرُ مَقْصُودِهِ. وَالْقَرَائِنُ تُفِيدُ الْمَقْصُودَ[١].

قَالَ رَحِمَهُ اللهُ:

وَيَنْفُذُ الْوَاقِعُ مِنْ سَكْرَانِ ... مُخْتَلِطٍ كَالْعِتْقِ وَالْأَيْمَانِ

وَمِنْ مَرِيضٍ وَمَتَى مِنْ الْمَرَضْ ... مَاتَ فَلِلزَّوْجَةِ الْإِرْثُ الْمُفْتَرَضْ

مَا لَمْ يَكُنْ بِخُلْعٍ أَوْ تَخْيِيرِ ... أَوْ مَرَضٍ لَيْسَ مِنْ الْمَحْذُورِ

(١) شرح حدود ابن عرفة ١/٣٣٨.

تَقَدَّمَ أَنَّ مِنْ أَرْكَانِ الطَّلَاقِ الزَّوْجَ وَأَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَقْلُ، فَإِنْ فَقَدَ الْعَقْلَ بِسُكْرٍ وَكَانَ مُخْتَلِطًا غَيْرَ طَافِحٍ فَإِنَّ طَلَاقَهُ يَنْفُذُ وَكَذَا عِتْقُهُ، وَأَيْمَانُهُ الَّتِي حَلَفَ بِهَا، جَمِيعُ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

التَّوْضِيحَ: قَالَ فِي الْجَوَاهِرِ: أَمَّا السَّكْرَانُ بِخَمْرٍ أَوْ نَبِيذٍ، فَالْمَشْهُورُ نُفُوذُ طَلَاقِهِ. قَالَهُ الْمَازِرِيُّ. وَقَدْ رُوِيَتْ عِنْدَنَا رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ، وَقَالَ: مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ لَا يَلْزَمُهُ طَلَاقٌ وَلَا عَتَاقٌ.

وَتَأَوَّلَ الشَّيْخُ أَبُو الْوَلِيدِ -يَعْنِي ابْنَ رُشْدٍ- الْخِلَافَ عَلَى الْمُخْتَلَطِ الَّذِي مَعَهُ بَقِيَّةٌ مِنْ عَقْلِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الِاخْتِلَاطَ مِنْ نَفْسِهِ فَيُخْطِئُ وَيُصِيبُ، قَالَ: وَأَمَّا السَّكْرَانُ الَّذِي لَا يَعْرِفُ الْأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ وَلَا الرَّجُلَ مِنَ الْمَرْأَةِ، فَلَا اخْتِلَافَ أَنَّهُ كَالْمَجْنُونِ فِي جَمِيعِ أَفْعَالِهِ وَأَحْوَالِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ، وَفِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، إِلَّا فِيمَا ذَهَبَ وَقْتُهُ مِنَ الصَّلَوَاتِ، فَقِيلَ إِنَّهَا لَا تَسْقُطُ، بِخِلَافِ الْمَجْنُونِ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ بِإِدْخَالِهِ السُّكْرَ عَلَى نَفْسِهِ، كَالْمُتَعَمِّدِ لِتَرْكِهَا حَتَّى خَرَجَ وَقْتُهَا. اهـ[1].

ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: وَيَظْهَرُ مِنْ كَلَامِ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الشُّيُوخِ أَنَّ الصَّلَاةَ يَقْضِيهَا السَّكْرَانُ، سَوَاءٌ كَانَ مُطْبِقًا أَمْ لَا؟ وَأَنَّهُ لَا يُخْتَلَفُ فِي ذَلِكَ، وَتَحْصِيلُ الْقَوْلِ فِي السَّكْرَانِ أَنَّ الْمَشْهُورَ تَلْزَمُهُ الْجِنَايَاتُ وَالْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ وَالْحُدُودُ، وَلَا تَلْزَمُهُ الْإِقْرَارَاتُ وَالْعُقُودُ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَعَامَّةِ أَصْحَابِهِ وَأَظْهَرُ الْأَقْوَالِ. اهـ. كَلَامُ التَّوْضِيحِ.

وَعَلَى هَذَا التَّحْصِيلِ أَنْشَدَنَا شَيْخُنَا الْعَالِمُ الْمُتَفَنِّنُ أَبُو مُحَمَّدٍ سَيِّدِي عَبْدُ الْوَاحِدِ بْنُ عَاشِرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِنَفْسِهِ:

لَا يَلْـزَمُ الـسَّكْرَانَ إِقْـرَارٌ عُقُـودْ ... بَلْ مَا جَنَى عِتْقٌ طَلَاقٌ وَحُدُودْ

قَوْلُهُ: «وَمِنْ مَرِيضٍ». يَعْنِي أَنَّ الطَّلَاقَ يَصِحُّ مِنَ الْمَرِيضِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَطَلَاقُ الْمَرِيضِ وَإِقْرَارُهُ بِهِ كَالصَّحِيحِ فِي أَحْكَامِهِ، وَتَنَصُّفِ صَدَاقِهِ، وَعِدَّةِ الْمُطَلَّقَةِ، وَسُقُوطِهَا فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا هِيَ خَاصَّةً إِنْ كَانَ مَخُوفًا قَضَى بِهِ عُثْمَانُ لِامْرَأَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ[2].

---

(١) البيان والتحصيل ٤/٢٥٨.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٩٣.

قَوْلُهُ: «وَمَتَى مِنَ المَرَضِ...» الْبَيْتَ. يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ وَهُوَ مَرِيضٌ، يَعْنِي مَرَضًا مَخُوفًا، فَإِنَّهُ مَتَى مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ، فَإِنَّ الزَّوْجَةَ تَرِثُهُ، وَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ، وَلَا يَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ إِلَّا إِذَا صَحَّ صِحَّةً بَيِّنَةً.

التَّوْضِيحَ: قَوْلُ ابْنُ الْحَاجِبِ: إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ مِيرَاثُهَا هِيَ خَاصَّةً[1]. بَيَانٌ لِمَا يُخَالِفُ فِيهِ طَلَاقُ المَرِيضِ طَلَاقَ الصَّحِيحِ، يَعْنِي أَنَّ المَرِيضَ إِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ أَوْ أَقَرَّ بِطَلَاقِهَا لَا يَنْقَطِعُ بِذَلِكَ مِيرَاثُهَا مِنْهُ، بَلْ تَرِثُهُ إِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اتُّهِمَ عَلَى حِرْمَانِهَا مِنْ المِيرَاثِ عُومِلَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ، وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ قَبْلَهُ لَا يَرِثُهَا، وَأُخِذَ عَدَمُ إِرْثِهِ مِنْهَا مِنْ قَوْلِ المُصَنِّفِ: خَاصَّةً. وَتَرِثُهُ سَوَاءٌ كَانَ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا، ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا أَمْ لَا.

وَقَوْلُهُ: إِنْ كَانَ مَخُوفًا.

ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: لَا خِلَافَ فِي اشْتِرَاطِ ذَلِكَ عِنْدَ مَنْ أَثْبَتَ لَهَا المِيرَاثَ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى وُجُوبِ إِرْثِهَا بِمَا فِي المُوَطَّأِ[2]، أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ أَلْبَتَّةَ وَهُوَ مَرِيضٌ فَوَرَّثَهَا عُثْمَانُ ابْنُ عَفَّانٍ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

وَفِي المُقَرَّبِ: قُلْت لَهُ أَرَأَيْت إِنْ طَلَّقَ المَرِيضُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ بِهَا، ثُمَّ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ وَلَهَا المِيرَاثُ وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا كَانَ المِيرَاثُ وَاعْتَدَّتْ عِدَّةَ الطَّلَاقِ، وَإِنْ كَانَ طَلَاقًا يَمْلِكُ فِيهِ رَجْعَتَهَا فَمَاتَ وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا انْتَقَلَتْ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنَ الطَّلَاقِ قَبْلَ أَنْ يَهْلَكَ ثُمَّ هَلَكَ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَلَهَا المِيرَاثُ، قُلْت: وَهَلْ تَرِثُ المَرْأَةُ أَزْوَاجًا كُلَّهُمْ يُطَلِّقُونَهَا فِي مَرَضِهِمْ، ثُمَّ مَاتُوا قَبْلَ أَنْ يَصِحُّوا وَهِيَ تَحْتَ زَوْجٍ[3]؟ قَالَ: نَعَمْ.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَقُولُ: لَمْ يُفَصِّلْ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ كَوْنَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِد هُنَا إِلَّا أَنْ يُعْلَمَ أَنَّ طَلَاقَ المَرِيضَ نَافِذٌ، وَأَنَّ المِيرَاثَ لَازِمٌ، سَوَاءٌ طَلَّقَ قَبْلَ

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٩٣.

(٢) عَنْ مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ: بَلَغَنِي أَنَّ امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ سَأَلَتْهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَقَالَ: إِذَا حِضْتِ ثُمَّ طَهُرْتِ فَآذِنِينِي. فَلَمْ تَحِضْ حَتَّى مَرِضَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، فَلَمَّا طَهُرَتْ آذَنَتْهُ فَطَلَّقَهَا الْبَتَّةَ أَوْ تَطْلِيقَةً لَمْ يَكُنْ بَقِيَ لَهُ عَلَيْهَا مِنَ الطَّلَاقِ غَيْرُهَا، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ يَوْمَئِذٍ مَرِيضٌ، فَوَرَّثَهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا. الموطأ (كتاب: الطلاق/باب: طلاق المريض/حديث رقم: ١٢٠٩).

(٣) المدونة ٢/٨٦.

الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ، رَجْعِيًّا أَوْ بَائِنًا. وَقَدْ ذَكَرَ كُلَّ مَسْأَلَةٍ فِي مَحَلِّهَا فَاعْتَمِدْ عَلَى مُرَاجَعَتِهِ هُنَالِكَ. اهـ.

وَقَدْ اشْتَمَلَ كَلاَمُ صَاحِبِ المُقَرِّبِ عَلَى فَوَائِدَ، كُلُّهَا جَارِيَةٌ عَلَى الْقَوَاعِدِ.

قَوْلُهُ: «مَا لَمْ يَكُنْ بِخُلْعٍ أَوْ تَخْيِيرٍ...» الْبَيْتَ. يَعْنِي أَنَّ المُطَلَّقَةَ فِي المَرَضِ تَرِثُ زَوْجَهَا إِذَا مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا تَسَبُّبٌ فِي الطَّلاَقِ، كَمَا لَوْ بَذَلَتْ لَهُ مَالًا حَتَّى طَلَّقَهَا، وَكَمَا لَوْ خَيَّرَهَا أَوْ مَلَّكَهَا فَاخْتَارَتْ الْفِرَاقَ، أَوْ كَانَ المَرَضُ غَيْرَ مَخُوفٍ فَلاَ تَرِثُهُ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ عَدَمِ إِرْثِهَا مِنْهُ إِنْ كَانَ المَرَضُ غَيْرَ مَخُوفٍ ظَاهِرٌ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي كَلاَمِ التَّوْضِيحِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ السَّلاَمِ.

وَأَمَّا عَدَمُ إِرْثِهَا مِنْهُ فِي مَسْأَلَتَيْ الْخُلْعِ وَالتَّخْيِيرِ، فَهُوَ خِلاَفُ المَعْرُوفِ عِنْدَ ابْنِ الْحَاجِبِ، وَالمَعْرُوفُ وَهُوَ مَذْهَبُ المُدَوَّنَةِ أَنَّهَا تَرِثُهُ.

قَالَ فِي المُدَوَّنَةِ: وَإِنْ مَلَّكَهَا فِي مَرَضِهِ أَوْ خَيَّرَهَا فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، أَوْ طَلَّقَهَا طَلاَقًا بَائِنًا فِي مَرَضِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَرِثُهَا إِنْ مَاتَتْ، وَتَرِثُهُ هِيَ إِنْ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ المَرَضِ. اهـ[1]. لِأَنَّ الطَّلاَقَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: خُلْعُ المَرِيضِ تَامٌّ وَتَرِثُهُ إِنْ مَاتَ. قَالَ أَبُو عِمْرَان: وَتَرِثُ مِنْ المَالِ الَّذِي أَعْطَتْهُ. اهـ[2].

وَأَجَابَ الشَّارِحُ بِأَنَّ النَّاظِمَ اعْتَمَدَ فِي اسْتِثْنَاءِ طَلاَقِ الْخُلْعِ تَخْرِيجَ ابْنِ عَرَفَةَ وَفِي اسْتِثْنَاءِ التَّخْيِيرِ رِوَايَةَ زِيَادٍ فِي المُمَلَّكَةِ فِي المَرَضِ أَنَّهَا لَا تَرِثُهُ، وَاسْتَظْهَرَ تَخْرِيجَ ابْنِ عَرَفَةَ فِي الْخُلْعِ، قَالَ: لِأَنَّ الطَّلاَقَ مِنْ قِبَلِهَا فَكَأَنَّهَا اخْتَارَتْ أَنْ لَا تَرِثَ. اهـ بِاخْتِصَارٍ.

وَهَذَا الْجَوَابُ ضَعِيفٌ، فَقَدْ نَصُّوا عَلَى أَنَّ الْقَوْلَ المُخَرَّجَ لَا يُعْمَلُ بِهِ فِي قَضَاءٍ وَلَا فَتْوَى، وَإِنَّمَا يُذْكَرُ تَفَقُّهًا وَتَفَنُّنًا فَقَطْ، وَأَضْعَفُ مِنْهُ مُخَالَفَةُ المُدَوَّنَةِ، وَالْعَمَلُ عَلَى رِوَايَةِ زِيَادٍ فِي مَسْأَلَةِ التَّخْيِيرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَوْلُهُ: «وَيَنْفُذُ الْوَاقِعُ». أَيْ الطَّلاَقُ الْوَاقِعُ، وَقَوْلُهُ: «مُخْتَلِطٍ» هُوَ الَّذِي مَعَهُ بَقِيَّةٌ مِنْ عَقْلِهِ. هَذَا مَحَلُّ الْخِلاَفِ عَلَى طَرِيقَةِ ابْنِ رُشْدٍ، وَالمَشْهُورُ لُزُومُ طَلاَقِهِ، وَمَفْهُومُ «مُخْتَلِطٍ» أَنَّ غَيْرَ المُخْتَلِطِ وَهُوَ الَّذِي لَا يَعْرِفُ الْأَرْضَ مِنْ السَّمَاءِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ اتِّفَاقًا، وَهُوَ

---

(١) المدونة ٢/ ٩٠.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ٢٧.

كَذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَطَرِيقَةُ ابْنُ بَشِيرٍ عَكْسُ هَذِهِ إِنْ كَانَ فِي حَالِ تَمْيِيزِهِ لَزِمَهُ الطَّلَاقُ بِاتِّفَاقٍ، وَإِنْ كَانَ مَغْمُورًا فَالْمَشْهُورُ عَدَمُ اللُّزُومِ، وَنَقَلَ بَعْضُهُمْ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ شَعْبَانَ وَعِيَاضٍ.

التَّوْضِيحَ: وَظَاهِرُ كَلَامِ اللَّخْمِيِّ أَنَّ الْخِلَافَ فِي السَّكْرَانِ مُطْلَقًا سَوَاءٌ كَانَ مَعَهُ مَيْزٌ أَمْ لَا. وَكَذَلِكَ حَكَى ابْنُ رُشْدٍ عَنْ الْمَازِرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: الْمَشْهُورُ لُزُومُ طَلَاقِهِ، وَالشَّاذُّ عَدَمُ لُزُومِ طَلَاقِهِ وَلَمْ يُفَصِّلْ. اهـ. وَهَذِهِ طَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ.

التَّوْضِيحَ: فَيَتَحَصَّلُ فِي الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ طُرُقٍ.

وَقَوْلُهُ: «فَلِلزَّوْجَةِ الْإِرْثُ الْمُفْتَرَضُ». أَيْ الْمُفْتَرَضُ لَهَا شَرْعًا مِنْ رُبْعٍ أَوْ ثُمُنٍ.

وَقَوْلُهُ: «مَا لَمْ يَكُنْ». أَيْ الطَّلَاقُ «بِخُلْعٍ...» إلَخْ. أَيْ: فَلَا تَرِثُهُ حِينَئِذٍ، وَتَقَدَّمَ أَنَّ هَذَا غَيْرُ مَعْرُوفٍ، وَالْمَعْرُوفُ وَهُوَ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهَا تَرِثُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(تَنْبِيهٌ) تَقَدَّمَ أَنْ كَانَ مِنْ أَرْكَانِ الطَّلَاقِ الْقَصْدُ، فَلِذَلِكَ لَا يَلْزَمُ الْمَجْنُونَ وَالْمُبَرْسَمَ الَّذِي لَا يَعْقِلُ وَالْمَرِيضَ الْمَغْلُوبَ عَلَى عَقْلِهِ، وَنَقَلَ الْقَاضِي عِيَاضٌ فِي مَدَارِكِهِ عَنْ بَعْضِ الْأَئِمَّةِ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ طَلَاقِ الذَّاهِلِ بِقَوْلِ السَّائِلِ:

أَيَا قَاضِيًا فَاقَ الْأَنَامَ بِعِلْمِهِ ... وَأَرْبَى عَلَيْهِمْ بِالنُّهَى وَالْفَضَائِلِ

فَدَيْتُك هَلْ يَجْرِي الطَّلَاقُ لِذَاهِلٍ ... فَرُدَّ فَأَنْتَ الْيَوْمَ قُطْبُ الْمَسَائِلِ

فَأَجَابَ:

إذَا كَانَ ذَا عَقْلٍ فَطَلَّقَ زَوْجَهُ ... فَقَدْ لَزِمَ التَّطْلِيقُ يَا خَيْرَ سَائِلِ

وَإِنْ كَانَ مَعْتُوهًا وَلَا عَقْلَ عِنْدَهُ ... يَقِينًا فَلَا يَمْضِي طَلَاقٌ لِذَاهِلِ

اهـ. مِنْ شَرْحِ الْقَلْشَانِيِّ عَلَى الرِّسَالَةِ.

وَتَقَدَّمَ أَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَ طَلَاقُ السَّكْرَانِ وَإِنْ اخْتَلَّ فِيهِ الْقَصْدُ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُتَعَمِّدِ لِإِدْخَالِهِ ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ اخْتِيَارًا.

وَالْخُلْفُ فِي مُطَلِّقٍ هَزْلًا وَضَحْ ... ثَالِثُهَا إِلَّا إِنْ الْهَزْلُ اتَّضَحْ

يَعْنِي أَنَّهُ اُخْتُلِفَ فِيمَنْ طَلَّقَ عَلَى وَجْهِ الْهَزْلِ وَاللَّعِبِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ: قِيلَ: يَلْزَمُهُ وَهُوَ الْمَشْهُورُ، وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُهُ، ثَالِثُهَا: إِنْ اتَّضَحَ الْهَزْلُ وَبَانَ لَمْ يَلْزَمْ، وَإِنْ لَمْ يَتَّضِحْ وَلَمْ

يَبِنْ فَيَلْزَمُ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَفِي الْهَزْلِ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، ثَالِثُهَا: إِنْ قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ لَمْ يَلْزَمْ(١).

التَّوْضِيحَ: وَيَلْحَقُ بِالثَّلَاثِ الرَّجْعَةُ، وَالْمَشْهُورُ اللُّزُومُ لِمَا فِي التِّرْمِذِيِّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ»(٢). قَالَ: وَهُوَ حَسَنٌ غَرِيبٌ، وَالْقَوْلُ بِعَدَمِ اللُّزُومِ فِي السُّلَيْمَانِيَّةِ، لَكِنْ إِنَّمَا ذَكَرَهُ فِي النِّكَاحِ، وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ نَقَلَهُ ابْنُ شَاسٍ عَنِ اللَّخْمِيِّ.

ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: وَالَّذِي حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ إِنَّمَا هُمَا قَوْلَانِ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْقَوْلِ الثَّالِثِ وَهُوَ شَرْطُ قِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى عَدَمِ اللُّزُومِ يَعُدُّونَهُ مِنْ تَمَامِ الْقَوْلِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْهَزْلَ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى. اهـ.

وَكَلَامُ ابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ ظَاهِرٌ بَلْ مُتَعَيِّنٌ لَا يُعْدَلُ عَنْهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَالِكٌ لَيْسَ لَهُ بِمُلْزِمِ ... لِمُكْرَهٍ فِي الْفِعْلِ أَوْ فِي الْقَسَمِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ مُكْرَهًا عَلَيْهِ غَيْرَ طَائِعٍ بَلْ لِخَوْفِهِ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ مَالِهِ أَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ كَذَلِكَ مُكْرَهًا ثُمَّ حَنِثَ، فَإِنَّ الْإِمَامَ مَالِكًا ﷺ لَا يُلْزِمُهُ طَلَاقًا فِي الْوَجْهَيْنِ، فَضَمِيرُ «لَهُ» لِلطَّلَاقِ، «وَلَهُ» يَتَعَلَّقُ «بِمُلْزِم»، وَلَا يَخْتَصُّ هَذَا الْحُكْمُ بِالطَّلَاقِ وَالْيَمِينِ، بَلْ وَكَذَلِكَ مَنْ أُكْرِهَ عَلَى بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ إِقْرَارٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، كُلُّ ذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ هَذَا كُلُّهُ فِي الْإِكْرَاهِ عَلَى الْأَقْوَالِ.

وَأَمَّا الْإِكْرَاهُ عَلَى الْأَفْعَالِ فَقَالَ الشَّيْخُ ابْن غَازِيٍّ وَالْأَفْعَالُ الَّتِي ذَكَرُوا فِي الْبَابِ ضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْفِعْلُ الَّذِي يَقَعُ بِهِ الْحِنْثُ، كَمَنْ حَلَفَ لَا أَفْعَلُ كَذَا فَأُكْرِهَ عَلَى فِعْلِهِ، أَوْ حَلَفَ لِيَفْعَلَنَّ كَذَا وَقْت كَذَا، فَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ذَلِكَ حَتَّى ذَهَبَ الْوَقْتُ، كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى بِرٍّ أَوْ حِنْثٍ.

وَفِيهِ طُرُقٌ: الْأُولَى: طَرِيقَةُ اللَّخْمِيِّ، قَالَ: إِذَا حَلَفَ بِالطَّلَاقِ أَنْ لَا يَفْعَلَ شَيْئًا فَأُكْرِهَ

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٩٥.

(٢) سنن أبي داود (كتاب: الطلاق/باب: في الطلاق على الهزل/حديث رقم: ٢١٩٤).

عَلَى فِعْلِهِ، مِثْلَ أَنْ يَحْلِفَ أَنْ لَا يَدْخُلَ دَارَ فُلَانٍ فَحُمِلَ حَتَّى أُدْخِلَهَا، أَوْ أُكْرِهَ حَتَّى دَخَلَ بِنَفْسِهِ، أَوْ حَلَفَ لَيَدْخُلَنَّهَا فِي وَقْتِ كَذَا، فَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ذَلِكَ حَتَّى ذَهَبَ الْوَقْتُ، فَهُوَ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ غَيْرُ حَانِثٍ.

وَطَرِيقَةُ ابْنِ رُشْدٍ قَالَ: فِي حِنْثِهِ ثَالِثُهَا يَحْنَثُ فِي يَمِينِ الْحِنْثِ لَا الْبِرِّ وَهُوَ الْمَشْهُورُ[(١)].

وَعَلَيْهِ اقْتَصَرَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ فِي بَابِ الْأَيْمَانِ، حَيْثُ قَالَ: وَوَجَبَتْ بِهِ إِنْ لَمْ يُكْرَهْ بِبِرٍّ[(٢)]. وَهَذَا فِي الْحَالِفِ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ لَا غَيْرُ.

الضَّرْبُ الثَّانِي: الْأَفْعَالُ الْمَمْنُوعَةُ شَرْعًا، وَذَلِكَ مِثْلُ شُرْبِ الْخَمْرِ وَأَكْلِ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَالسُّجُودِ لِغَيْرِ اللهِ تَعَالَى، وَالزِّنَا بِالْمَرْأَةِ الْمُخْتَارَةِ لِذَلِكَ، وَالْمُكْرَهَةِ عَلَى أَنْ يُزْنَى بِهَا وَلَا زَوْجَ لَهَا، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْمَخْلُوقِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَأَمَّا الْإِكْرَاهُ عَلَى الْأَفْعَالِ فَاخْتُلِفَ فِيهِ فِي الْمَذْهَبِ عَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْإِكْرَاهَ فِي ذَلِكَ إِكْرَاهٌ وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ، وَالثَّانِي: أَنَّ الْإِكْرَاهَ فِي ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِكْرَاهًا يُنْتَفَعُ بِهِ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ ابْنُ حَبِيبٍ، وَأَمَّا مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ لِمَخْلُوقٍ كَالْقَتْلِ وَالْغَصْبِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَلَا اخْتِلَافَ فِي أَنَّ الْإِكْرَاهَ غَيْرُ نَافِعٍ فِي ذَلِكَ[(٣)]، وَفِي ذَلِكَ قَالَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ: لَا قَتْلَ مُسْلِمٍ وَقَطْعِهِ وَأَنْ يَزْنِيَ[(٤)].

وَإِذَا اُعْتُبِرَ الْإِكْرَاهُ فِي الْأَفْعَالِ فَأَحْرَى أَنْ يُعْتَبَرَ فِي الْأَقْوَالِ، قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: لِأَنَّ الْمَفَاسِدَ لَا تَتَحَقَّقُ فِي الْأَقْوَالِ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَهَ عَلَى كَلِمَةِ الْكُفْرِ مُعَظِّمٌ لِرَبِّهِ فِي قَلْبِهِ، وَالْأَيْمَانُ سَاقِطَةُ الِاعْتِبَارِ، بِخِلَافِ شُرْبِ الْخَمْرِ وَالْقَتْلِ وَنَحْوِهِمَا، فَإِنَّ الْمَفَاسِدَ فِيهَا مُتَحَقِّقَةٌ، وَعَبَّرَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ عَنْ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْقَوْلَ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي الْمَعَانِي وَلَا الذَّوَاتِ بِخِلَافِ الْفِعْلِ فَإِنَّهُ مُؤَثِّرٌ. اهـ[(٥)].

وَفِي التَّوْضِيحِ: فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَلَا أَثَرَ لِطَلَاقِ الْإِكْرَاهِ[(٦)]. فُرُوعٌ مُفِيدَةٌ، فَرَاجِعْهُ إِنْ شِئْتَ، فَيَبْقَى الْكَلَامُ فِيمَا هُوَ إِكْرَاهٌ أَوْ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ.

---

(١) منح الجليل ٤/ ٥٠.

(٢) مختصر خليل ص ٨٣.

(٣) البيان والتحصيل ٦/ ١٢٠- ١٢١.

(٤) مختصر خليل ص ١١٥.

(٥) منح الجليل ٤/ ٥١.

(٦) جامع الأمهات ص ٢٩٥.

قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَتَحَقَّقُ الْإِكْرَاهُ بِالتَّخْوِيفِ الْوَاضِحِ بِمَا يُؤْلِمُ مِنْ قَتْلٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ صَفْعٍ لِذِي مُرُوءَةٍ مِنْ سُلْطَانٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي التَّخْوِيفِ بِقَتْلِ أَجْنَبِيٍّ قَوْلَانِ، بِخِلَافِ قَتْلِ الْوَلَدِ، وَفِي التَّخْوِيفِ بِالْمَالِ ثَالِثُهَا إِنْ كَانَ كَثِيرًا تَحَقَّقَ.اهـ(١).

وَفِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت لَهُ: فَطَلَاقُ الْمُكْرَهِ وَعِتْقُهُ وَنِكَاحُهُ؟ قَالَ: لَا يَلْزَمُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ: اتَّفَقَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ أَنَّ الْمُكْرَهَ عَلَى الْيَمِينِ لَا تَلْزَمُهُ الْيَمِينُ إِذَا كَانَ إِكْرَاهُهُ لِشَيْءٍ يَلْحَقُهُ فِي بَدَنِهِ مِنْ قَتْلٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ سَجْنٍ أَوْ تَعْذِيبٍ، أَوْ كَانَتْ يَمِينُهُ فِيمَا كَانَ للهِ فِيهِ مَعْصِيَةٌ، أَوْ فِيمَا لَيْسَ لَهُ فِيهِ طَاعَةٌ وَلَا مَعْصِيَةٌ، وَسَوَاءٌ هُدِّدَ فَقِيلَ لَهُ: إِنْ لَمْ تَحْلِفْ فُعِلَ بِك كَذَا وَكَذَا. أَوْ أُسْتُحْلِفَ وَلَمْ يُهَدَّدْ فَحَلَفَ خَوْفًا مِنْ ذَلِكَ مَا لَمْ يَحْلِفْ هُوَ مُتَطَوِّعًا بِالْيَمِينِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ. اهـ(٢).

وَالتَّخْوِيفُ بِمَا ذُكِرَ إِنَّمَا هُوَ فِي غَيْرِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْكُفْرِ، وَسَبِّ النَّبِيِّ -وَالْعِيَاذُ بِاللهِ-، وَقَذْفِ الْمُسْلِمِ، أَمَّا هَذِهِ الثَّلَاثَةُ فَلَا يُعْتَبَرُ الْإِكْرَاهُ فِيهَا إِلَّا بِالْقَتْلِ لَا بِالضَّرْبِ وَالسَّجْنِ وَنَحْوِهِمَا، وَفِي ذَلِكَ يَقُولُ الشَّيْخُ خَلِيلٌ: وَأَمَّا الْكُفْرُ وَسَبُّهُ وَقَذْفُ الْمُسْلِمِ فَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلْقَتْلِ(٣).

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٩٥.

(٢) البيان والتحصيل ٦/١١٩.

(٣) مختصر خليل ص ١١٥.

فصل في الأيمان اللازمة

وَكُلُّ مَنْ يَمِينُهُ بِاللاَّزِمَهْ ... لَهُ الثَّلاَثُ فِي الْأَصَحِّ لَازِمَهْ

وَقِيلَ بَلْ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّهْ ... مَعَ جَهْلِهِ وَفَقْدِهِ لِلنِّيَّهْ

وَقِيلَ بَلْ بَائِنَةٌ وَقِيلَ بَلْ ... جَمِيعُ الْأَيْمَانِ وَمَا بِهِ عَمَلْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ حَلَفَ بِالْأَيْمَانِ اللاَّزِمَةِ فَقَالَ مَثَلاً: الْأَيْمَانُ تَلْزَمُنِي، أَوْ أَيْمَانُ الْبَيْعَةِ تَلْزَمُنِي، كَذَا فِي بَعْضِ نُسَخِ ابْنِ الْحَاجِبِ أَوْ قَالَ: الْأَيْمَانُ لَازِمَةٌ لِي، أَوْ جَمِيعُ الْأَيْمَانِ، أَوْ الْأَيْمَانُ كُلُّهَا تَلْزَمُنِي، فَقَدْ اُخْتُلِفَ فِيمَا يَلْزَمُهُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: تَلْزَمُهُ الثَّلاَثُ، فَفِي الْمُنْتَقَى لِلْبَاجِيِّ حَكَى الشَّيْخُ عَبْدُ الْحَقِّ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا ثَلاَثٌ، قَالَ: وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي عَلَى أَصْلِ مَالِكٍ، وَلِاسْتِظْهَارِهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْأَصَحِّ.

الثَّانِي: تَلْزَمُهُ طَلْقَةٌ رَجْعِيَّةٌ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ.

الثَّالِثُ: تَلْزَمُهُ طَلْقَةٌ بَائِنَةٌ.

التَّوْضِيحُ فِي بَابِ الْأَيْمَانِ: وَإِذَا قُلْنَا بِلُزُومِ طَلْقَةٍ، فَهَلْ هِيَ بَائِنَةٌ أَوْ رَجْعِيَّةٌ؟ حَكَى بَعْضُهُمْ فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ، وَالَّذِي كَانَ يُفْتِي بِهِ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ لُزُومُ الثَّلاَثِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَ التُّونِسِيِّ وَاللَّخْمِيِّ وَعَبْدِ الْحَمِيدِ وَالْمَازِرِيِّ وَغَيْرِهِمْ، حَتَّى أَنَّ السُّيُورِيَّ أَفْتَى بِنَقْضِ حُكْمِ حَاكِمٍ أَفْتَى بِوَاحِدَةٍ، وَحَكَى ابْنُ بَشِيرٍ قَوْلًا بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَصَدَ بِقَوْلِهِ: الْأَيْمَانُ تَلْزَمُهُ. الْعُمُومَ فَتَلْزَمُهُ الثَّلاَثُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَقْصِدٌ فِي ذَلِكَ لَزِمَتْهُ وَاحِدَةٌ. اهـ.

الْقَوْلُ الرَّابِعُ مِمَّا حَكَى النَّاظِمُ لُزُومُ جَمِيعِ الْأَيْمَانِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَوْ قَالَ: الْأَيْمَانُ تَلْزَمُهُ أَوْ أَيْمَانُ الْبَيْعَةِ. وَلَا نِيَّةَ تُخَصِّصُ، فَالْجَمِيعُ اتِّفَاقًا، وَفِي لُزُومِ طَلْقَةٍ أَوْ ثَلاَثٍ قَوْلَانِ، فَيَلْزَمُهُ عِتْقُ مَنْ يَمْلِكُهُ حِينَ الْحِنْثِ، وَالْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللهِ، وَصَدَقَةُ ثُلُثِ مَالِهِ، وَكَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَكَفَّارَةُ ظِهَارٍ، وَصِيَامُ سَنَةٍ إِنْ كَانَ مُعْتَادَ الْيَمِينِ بِهَا[1].

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٣٣.

التَّوْضِيحَ: قَالَ الطُّرْطُوشِيُّ: لَيْسَ لِمَالِكٍ وَلَا لِأَصْحَابِهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَوْلٌ يُؤْثَرُ، وَإِنَّمَا تَكَلَّمَ فِيهَا الْمُتَأَخِّرُونَ، وَفِيهَا أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ فِي الْمَذْهَبِ، نُقِلَ عَنْ الْأَبْهَرِيِّ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ غَيْرُ الِاسْتِغْفَارِ، وَعَنْ الطُّرْطُوشِيِّ وَابْنِ الْعَرَبِيِّ وَالسُّهَيْلِيِّ أَنَّ عَلَيْهِ ثَلَاثَ كَفَّارَاتٍ الطُّرْطُوشِيُّ، وَلَا يَدْخُلُ فِي يَمِينِهِ طَلَاقٌ وَلَا عَتَاقٌ إلَّا أَنْ يَنْوِيَ ذَلِكَ، وَيَكُونَ الْعُرْفُ جَارِيًا بِهِ، وَعَنْ ابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ أَنَّ عَلَيْهِ كَفَّارَةَ يَمِينٍ، وَعَلَى هَذَا فَالِاتِّفَاقُ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ تَبَعًا لِابْنِ بَشِيرٍ لَيْسَ بِجَيِّدٍ. اهـ.

قَالَ مُقَيِّدُهُ -عَفَا اللهُ عَنْهُ بِمَنِّهِ-: وَقَدْ وَقَفْت عَلَى سُؤَالٍ سُئِلَهُ شَيْخَا شُيُوخِنَا الْإِمَامَانِ الْعَالِمَانِ الشَّهِيرَانِ سَيِّدِي أَبُو زَكَرِيَّاءَ يَحْيَى السَّرَّاجُ[1] وَسَيِّدِي أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْوَاحِدِ الْحُمَيْدِيُّ -رَحِمَهُمَا اللهُ- مَا تَقُولَانِ فِيمَنْ قَلَّدَ الْأَبْهَرِيَّ فِي الَّذِي يَقُولُ: لَا شَيْءَ فِي هَذِهِ الْيَمِينِ سِوَى الِاسْتِغْفَارِ؟ أَوْ قَوْلِ ابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ الَّذِي يَقُولُ: إنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ سِوَى كَفَّارَةِ يَمِينٍ بِاللهِ، فَهَلْ تَقْلِيدُهُمَا مُنْجٍ مَعَ اللهِ تَعَالَى أَمْ لَا؟ فَأَجَابَ الْحُمَيْدِيُّ بِأَنْ قَالَ: الَّذِي كَانَ يُفْتِي بِهِ الْإِمَامُ ابْنُ سِرَاجٍ عَدَمُ اللُّزُومِ، وَاخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ مِنْ الْمُتَأَخِّرِينَ، قَالَ: وَهُوَ الَّذِي نَخْتَارُهُ وَنَرْتَضِيهِ تَبَعًا لِذَلِكَ الْإِمَامِ الْعَظِيمِ. وَأَجَابَ السَّرَّاجُ فَقَالَ: مَا نَقَلَهُ السَّائِلُ عَنْ الْأَبْهَرِيِّ وَابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ صَحِيحٌ، وَقَدْ نُقِلَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ، فَمَنْ قَلَّدَ ذَلِكَ فَهُوَ مُخْلِصٌ، فَإِنَّ مَنْ قَلَّدَ عَالِمًا لَقِيَ اللهَ سَالِمًا، وَكَتَبَ عَبْدُ اللهِ تَعَالَى يَحْيَى بْنُ مُحَمَّدٍ السَّرَّاجُ. اهـ.

وَانْظُرْ قَوْلَ النَّاظِمِ فِي الْقَوْلِ الرَّابِعِ أَنَّهُ مَا بِهِ عَمَلٌ مَعَ أَنَّهُ الْمَشْهُورُ عِنْدَ الشَّيْخِ خَلِيلٍ، وَحَكَى عَلَيْهِ ابْنُ الْحَاجِبِ الِاتِّفَاقَ، وَإِنْ بُحِثَ مَعَهُ فِي الِاتِّفَاقِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَقَالَ الشَّارِحُ: بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ فَتْوَى عَنْ الْأُسْتَاذِ أَبِي سَعِيدِ بْنِ لُبٍّ فِيمَنْ حَلَفَ بِالْأَيْمَانِ اللَّازِمَةِ عَلَى أَمْرٍ يَعْتَقِدُهُ فَظَهَرَ خِلَافُهُ، وَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ وَرَجَّحَ كَوْنَهُ ثَلَاثًا، ثُمَّ قَالَ آخِرَ كَلَامِهِ: أَقُولُ لَمْ تَزَلْ الْفُتْيَا عَلَى عَهْدِ شَيْخِنَا أَبِي الْقَاسِمِ بْنِ سِرَاجٍ رَحِمَهُ اللهُ صَادِرَةً بِلُزُومِ الْوَاحِدَةِ فِي الزَّوْجَةِ لِلْحَالِفِ بِاللَّازِمَةِ إذَا حَلَفَ، وَلَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فِي الثَّلَاثِ عَلَى

---

(١) يحيى بن أحمد بن محمد بن حسن ابن القس الرندي النفزي الحميري، أبوزكرياء، المعروف بالسراج، الأندلسي الفاسي، عالم بالحديث، كان مسند فاس والمغرب في عصره، له (فهرسة)، انتهت إليه رياسة الحديث وروايته، وتوفي بفاس ٨٠٥ هـ. انظر: جذوة الاقتباس ٣٣٩، وفهرس الفهارس ٣٣٨/٢، ومعجم المؤلفين ١٨٤/١٣.

وَفْقِ الْأَشْيَاخِ الثَّلَاثَةِ: أَبِي الْحَسَنِ الْقَابِسِيِّ وَأَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَأَبِي عِمْرَانَ الْفَاسِيِّ، وَمَنْ وَافَقَهُمْ عَلَى ذَلِكَ مِنْ أَشْيَاخِ الْأَنْدَلُسِ، وَرُبَّمَا اسْتَظْهَرُوا بِتَحْلِيفِ الْحَانِثِ عَلَى عَدَمِ عِلْمِهِ الْحُكْمَ فِيهَا، حَتَّى كَادَ ذَلِكَ يُؤَثِّرُ فِي ذَلِكَ الْعُرْفِ الْمُسْتَقِرِّ فِيهَا قَدِيمًا. اهـ.

وَالْبِكْرُ ذَاتُ الْأَبِ لَا تَخْتَلِعُ ... إِلَّا بِإِذْنِ حَاجِرٍ وَتَمْتَنِعُ

وَجَازَ إِنْ أَبٌ عَلَيْهَا أَعْمَلَهْ ... كَذَا عَلَى الثَّيِّبِ بَعْدَ الْإِذْنِ لَهْ

يَعْنِي أَنَّ الْبِكْرَ ذَاتَ الْأَبِ لَا يَجُوزُ خُلْعُهَا إِلَّا بِإِذْنِ حَاجِرِهَا وَهُوَ أَبُوهَا، وَتَمْتَنِعُ مِنَ الْخُلْعِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَإِنْ صَالَحَ أَبُوهَا عَنْهَا جَازَ ذَلِكَ، هَذَا فِي الْبِكْرِ، وَكَذَا يَجُوزُ صُلْحُهُ عَنْ ابْنَتِهِ الثَّيِّبِ لَكِنْ بِإِذْنِهَا لَهُ، أَمَّا صُلْحُ الْبِكْرِ أَوْ صُلْحُ أَبِيهَا فَقَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: فَإِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ مَحْجُورَةً لِوَالِدِهَا، فَلَا يَجُوزُ خُلْعُهَا إِلَّا بِإِذْنِ أَبِيهَا. ثُمَّ قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يُمْضِيَ الْخُلْعَ عَلَيْهَا دُونَ إِذْنِهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ فَتْحُونٍ وَالْمُتَيْطِيُّ: يَجُوزُ لِلْمَحْجُورَةِ أَنْ تُخَالِعَ بِإِذْنِ أَبِيهَا أَوْ وَصِيِّهَا، وَتَقُولُ بَعْدَ إِذْنِهِ لِمَا رَآهُ مِنَ الْغِبْطَةِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَصُلْحُ الْأَبِ عَنِ الْمُجْبَرَةِ بِالصَّدَاقِ كُلِّهِ نَافِذٌ[1].

التَّوْضِيحَ: أَمَّا صُلْحُ الْأَبِ عَنْ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ الصَّغِيرَةِ وَالْبَالِغِ فَجَائِزٌ. الْبَاجِيُّ: بِلَا خِلَافٍ، وَأَلْحَقَ اللَّخْمِيُّ بِهَا الْبِكْرَ الْمَدْخُولَ بِهَا إِذَا لَمْ تَطُلْ إِقَامَتُهَا وَطَلُقَتْ قَبْلَ الْمَسِيسِ؛ لِأَنَّ لَهُ الْجَبْرَ عَلَى النِّكَاحِ، وَالصَّغِيرَةَ الَّتِي ثُيِّبَتْ قَبْلَ الْبُلُوغِ عَلَى الْقَوْلِ بِجَبْرِهَا، وَلَعَلَّ الْمُصَنِّفَ -يَعْنِي ابْنَ الْحَاجِبِ- عَبَّرَ بِالْمُجْبَرَةِ لِهَذَا. اهـ.

وَأَمَّا صُلْحُ الْأَبِ عَنِ الثَّيِّبِ بِإِذْنِهَا فَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَفِي صُلْحِ الْأَبِ عَنْ ابْنَتِهِ الْبَالِغِ الثَّيِّبِ السَّفِيهَةِ قَوْلَانِ: الْأَوَّلُ: لِابْنِ الْعَطَّارِ وَابْنِ الْهِنْدِيِّ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الْمُوَثِّقِينَ: لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهَا.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ وَابْنُ لُبَابَةَ: جَرَتِ الْفُتْيَا مِنَ الشُّيُوخِ بِجَوَازِ ذَلِكَ، وَرَأَوْهَا بِمَنْزِلَةِ الْبِكْرِ مَا دَامَتْ فِي وِلَايَتِهِ.

اللَّخْمِيُّ: وَهُوَ الْجَارِي عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ. ابْنُ رَاشِدٍ: وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَعْمُولُ بِهِ. ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: وَهُوَ أَصْلُ الْمَذْهَبِ. اهـ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٨.

وَفِي المُخْتَصَرِ: وَفِي خُلْعِ الْأَبِ عَنْ السَّفِيهَةِ خِلاَفٌ[١]. يَعْنِي بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَأَمَّا بِإِذْنِهَا فَجَائِزٌ بِلاَ خِلاَفٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَذَهَبَ النَّاظِمُ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ لِمَا تَقَدَّمَ عَنْ ابْنِ رَاشِدٍ وَابْنِ عَبْدِ السَّلاَمِ، هَذَا كُلُّهُ فِي ذَاتِ الْأَبِ، وَعَلَيْهَا تَكَلَّمَ النَّاظِمُ، وَأَمَّا ذَاتُ الْوَصِيِّ فَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: وَفِي خُلْعِ الْوَصِيِّ عَنْ يَتِيمَتِهِ دُونَ إِذْنِهَا ثَالِثُهَا إِنْ لَمْ تَبْلُغْ، وَفِي اخْتِصَارِ الْوَاضِحَةِ قَالَ الْفَضْلُ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي المُدَوَّنَةِ: يَجُوزُ مُبَارَأَةُ الْوَصِيِّ عَنْ الْبِكْرِ بِرِضَاهَا[٢].

قُلْت: فَالْأَرْجَحُ عَقْدُهُ -أَيْ: الْخُلْعِ- عَلَى الْوَصِيِّ بِرِضَاهَا لَا عَلَيْهَا بِإِذْنِهِ خِلاَفٌ قَصَرَهُ بَعْضُهُمْ عَلَيْهَا بِإِذْنِ الْوَصِيِّ اتِّبَاعًا مِنْهُ لِلَفْظِ الْمُوَثِّقِينَ، وَفِي التَّوْضِيحِ قَوْلٌ بِخِلاَفِ الْوَصِيِّ؛ أَيْ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَالِعَ عَنْ الْبِكْرِ عَلَى المَشْهُورِ.

الْبَاجِيُّ: وَهُوَ مَشْهُورُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرِوَايَتِهِ عَنْ مَالِكٍ، وَمُقَابِلُ المَشْهُورِ رَوَاهُ ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْوَصِيَّ يُخَالِعُ عَنْ الْيَتِيمَةِ، وَهُوَ لِابْنِ الْقَاسِمِ أَيْضًا. اهـ.

ابْنُ سَلْمُونٍ: وَخُلْعُهَا جَائِزٌ بِإِذْنِ وَصِيِّهَا سَوَاءٌ كَانَ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ أَوْ مِنْ قِبَلِ الْقَاضِي إِذَا كَانَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ لَهَا عَلَى مَا جَرَى بِهِ الْعَمَلُ، وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ. اهـ.

وَامْتَنَعَ الْخُلْعُ عَنْ المَحْجُورِ ... إِلَّا بِإِذْنِهِ عَلَى المَشْهُورِ

وَالْخُلْعُ جَائِزٌ عَلَى الْأَصَاغِرِ ... مَعَ أَخْذِ شَيْءٍ لِأَبٍ أَوْ حَاجِرِ

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ مَحْجُورًا يَعْنِي بَالِغًا، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَبِيهِ وَلَا لِوَصِيِّهِ أَنْ يُخَالِعَ عَنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ صَغِيرًا غَيْرَ بَالِغٍ، فَلاَ يَجُوزُ لِلأَبِ وَلَا لِلْوَصِيِّ أَنْ يُخَالِعَ عَنْهُ إِلَّا بِعِوَضٍ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي، فَقَوْلُهُ: «عَلَى المَحْجُورِ». يَعْنِي الْبَالِغَ بِدَلِيلِ كَلاَمِهِ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي عَنْ الصَّغِيرِ، وَمُقَابِلُ المَشْهُورِ أَنَّهُ يَجُوزُ خُلْعُهَا عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ: «لِأَبٍ» يَتَعَلَّقُ بِجَائِزٍ، وَالمُرَادُ بِالْحَاجِرِ الْوَصِيُّ، وَوَصِيُّ الْوَصِيِّ، وَوَصِيُّ الْقَاضِي.

---

(١) مختصر خليل ص ١١٢.

(٢) المدونة ٢/٢٥٣.

قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فِي وَلَايَةٍ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ كَبِيرًا أَوْ صَغِيرًا دُونَ بُلُوغٍ، فَإِنْ كَانَ كَبِيرًا فَخُلْعُهُ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَصِيِّهِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ بِيَدِهِ، وَيَلْزَمُهُ إِذَا أَوْقَعَهُ، وَتُذْكَرُ فِي الْعَقْدِ مُوَافَقَةُ الْوَصِيِّ أَوْ الْأَبِ إِنْ حَضَرَ عَلَى الْخُلْعِ، وَتُضَمَّنُ الشَّهَادَةُ عَلَى الْجَمِيعِ، وَلَا يَجُوزُ خُلْعُ الْأَبِ أَوْ الْوَصِيِّ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ مِثْلُ مَا تَقَدَّمَ فِي النِّكَاحِ. وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا فَيَجُوزُ خُلْعُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ يَأْخُذَانِهِ لَهُ دُونَ أَمْرِهِ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ: وَلَا يَجُوزُ طَلَاقُ الصَّغِيرِ وَلَا خُلْعُهُ وَلَا طَلَاقُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ إِلَّا بِشَيْءٍ يَأْخُذَانِهِ بِلَا خِلَافٍ. اهـ. وَنَحْوَهُ نَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ الْمُقَرِّبِ. اهـ.

وَمَنْ يُطَلِّقْ زَوْجَةً وَتَخْتَلِعْ ... بِوَلَدٍ مِنْهُ لَهَا وَيَرْتَجِعْ
ثُمَّ يُطَلِّقْهَا فَحُكْمُ الشَّرْعِ ... أَنْ لَا يَعُودَ حُكْمُ ذَاكَ الْخُلْعِ

يَعْنِي إِنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ عَلَى أَنْ تَحَمَّلَتْ لَهُ بِنَفَقَةِ وَلَدِهَا مِنْهُ إِلَى الْحُلُمِ، ثُمَّ رَاجَعَهَا مِنْ ذَلِكَ الطَّلَاقِ، فَلَا إِشْكَالَ أَنَّ النَّفَقَةَ تَعُودُ عَلَى الْأَبِ، فَإِذَا طَلَّقَهَا ثَانِيَةً فَلَا تَعُودُ نَفَقَةُ الْوَلَدِ عَلَيْهَا إِلَّا أَنْ تَتَحَمَّلَ بِهَا فِي الْخُلْعِ الثَّانِي.

فَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: فِي مَسَائِلِ ابْنِ رُشْدٍ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا خُولِعَتْ عَلَى أَنْ تَحَمَّلَتْ بِنَفَقَةِ ابْنِهَا مِنْ الزَّوْجِ إِلَى الْحُلُمِ ثُمَّ ارْتَجَعَهَا؛ سَقَطَ عَنْهَا مَا تَحَمَّلَتْهُ مِنْ نَفَقَةِ ابْنِهِ، وَرَجَعَتْ عَلَى الْأَبِ، وَلَا تَعُودُ عَلَى الْمَرْأَةِ إِلَّا أَنْ تَتَحَمَّلَ بِهَا ثَانِيَةً. اهـ. فَتَأَمَّلْ فِي ذَلِكَ.

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: وَكَذَلِكَ إِنْ ارْتَجَعَهَا، فَإِنَّهَا تَسْقُطُ عَنْهَا مَا تَحَمَّلَتْهُ مِنْ النَّفَقَةِ، وَلَا تَرْجِعُ عَلَى الْأَبِ، وَلَا تَعُودُ عَلَيْهَا إِنْ طَلَّقَهَا ثَانِيَةً إِلَّا أَنْ تَتَحَمَّلَهَا. اهـ.

وَإِنْ تَمُتْ ذَاتُ اخْتِلَاعٍ وُقِفَا ... مِنْ مَالِهَا مَا فِيهِ لِلدَّيْنِ وَفَا
لِلْأَمَدِ الَّذِي إِلَيْهِ الْتُزِمَا ... وَهُوَ مُشَارِكٌ بِهِ لِلْغُرَمَا

يَعْنِي أَنَّ مَنْ خَالَعَ زَوْجَتَهُ عَلَى أَنْ تَحَمَّلَتْ لَهُ بِنَفَقَةِ وَلَدِهَا مِنْهُ لِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ، ثُمَّ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ تِلْكَ الْمُدَّةِ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْ مَالِهَا نَفَقَةُ بَقِيَّةِ الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَرْأَةِ دَيْنٌ غَيْرُ مَا الْتَزَمَتْهُ مِنْ النَّفَقَةِ، فَإِنَّ لِلزَّوْجِ مُحَاصَّةَ غُرَمَائِهَا بِمَا الْتَزَمَتْهُ مِنْ نَفَقَةِ وَلَدِهِ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: قَالَ سَحْنُونٌ: تَلْزَمُهَا النَّفَقَةُ وَإِنْ اُشْتُرِطَتْ عَلَيْهَا خَمْسَ

عَشْرَةَ سَنَةٍ، فَإِنْ مَاتَ الابْنُ فِي المُدَّةِ لَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ رُجُوعٌ فِيمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَحَمَّلَتْ لَهُ رَفْعَ مُؤْنَتِهِ عَنْهُ، وَلَوْ مَاتَتْ هِيَ وُقِفَ مِنْ مَالِهَا قَدْرُ مُؤْنَةِ الابْنِ إِلَى انْقِضَاءِ المُدَّةِ الَّتِي الْتَزَمَتْهَا، فَإِنْ مَاتَ الابْنُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا رَجَعَ مَا بَقِيَ مِمَّا وُقِفَ مِيرَاثًا إِلَى وَرَثَةِ المَرْأَةِ، وَإِنْ أَفْلَسَتْ رَجَعَ ذَلِكَ المَوْقُوفُ إِلَى الْغُرَمَاءِ إِنْ كَانَ بَقِيَ لَهُمْ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِمْ؛ إِذْ لِلزَّوْجِ مُحَاصَّةُ الْغُرَمَاءِ بِالنَّفَقَةِ. اهـ.

وَلِلأَمَدِ يَتَعَلَّقُ بِوَفَاءٌ وَنَائِبُ «الْتُزِمَا» لِلإِنْفَاقِ بِدَلِيلِ السِّيَاقِ وَ«مَا فِيهِ» نَائِبُ «وُقِفَا»، وَقَوْلُهُ: «وَهُوَ» أَيْ الزَّوْجُ مُشَارِكٌ لِغُرَمَاءِ المَرْأَةِ فِي مُتَخَلِّفِهَا، فَيُحَاصِصُ هُوَ بِنَفَقَةِ وَلَدِهِ وَالْغُرَمَاءُ بِدَيْنِهِمْ.

وَمَوْقِعُ الثَّلاَثِ فِي الْخُلْعِ ثَبَتْ طَلاَقُهُ وَالْخُلْعُ رُدَّ إِنْ أَبَتْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ خَالَعَتْ زَوْجَهَا بِأَلْفٍ مَثَلاً عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا وَاحِدَةً فَطَلَّقَهَا ثَلاَثًا فَلَمْ تَرْضَ ذَلِكَ وَأَبَتْهُ، فَإِنَّ الثَّلاَثَ تَلْزَمُهُ وَيَرُدُّ الأَلْفَ.

قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: الْخُلْعُ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا رَجْعِيَّةٌ عَلَى المَشْهُورِ، وَإِنْ أَوْقَعَ ثَلاَثًا عَلَى الْخُلْعِ نَفَذَ الطَّلاَقُ وَسَقَطَ الْخُلْعُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَرَوَى اللَّخْمِيُّ إِنْ أَعْطَتْهُ مَالًا عَلَى تَطْلِيقِهَا وَاحِدَةً فَطَلَّقَهَا ثَلاَثًا لَزِمَهُ وَلَا قَوْلَ لَهَا، وَأَرَى إِنْ كَانَ رَاغِبًا فِي إِمْسَاكِ فَرَغِبَتْ فِي الطَّلَاقِ أَنْ لَا قَوْلَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ رَاغِبًا فِي طَلاَقِهَا فَأَعْطَتْهُ عَلَى أَنْ تَكُونَ وَاحِدَةً، فَتَرْجِعُ بِجَمِيعِ مَا أَعْطَتْهُ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا أَعْطَتْهُ عَلَى أَنْ لَا يُوقِعَ الاثْنَتَيْنِ لِتَحِلَّ لَهُ إِنْ بَدَا لَهُمَا مِنْ قَبْلِ زَوَاجٍ.

قُلْتُ: الأَظْهَرُ رُجُوعُهَا عَلَيْهِ بِمَا أَعْطَتْهُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ بِطَلاَقِهِ إِيَّاهَا ثَلاَثًا يَعِيبُهَا لِامْتِنَاعِ كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ مِنْ تَزْوِيجِهَا خَوْفَ جَعْلِهَا إِيَّاهُ مُحَلِّلاً، فَتُسِيءُ عِشْرَتَهُ لِيُطَلِّقَهَا فَتَحِلَّ لِلأَوَّلِ. اهـ.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَجْهُ الْقَوْلِ بِالرُّجُوعِ مُطْلَقًا ظَاهِرٌ، وَإِيَّاهُ اعْتَمَدَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذَا الْبَيْتِ، وَيَظْهَرُ مِنِ ابْنِ عَرَفَةَ كَوْنُهُ سَاقَهُ نَظَرًا مِنْ قِبَلِ نَفْسِهِ، وَمِثْلُهُ مَنْصُوصٌ فِي وَثَائِقِ ابْنِ سَلْمُونٍ.

(فَرْعٌ) وَكَذَلِكَ عَكْسُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ: خَالَعَتْهُ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاَثًا فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، لَا كَلَامَ لَهَا؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا قَدْ حَصَلَ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثًا عَلَى أَلْفٍ. فَقَالَ: طَلَّقْتُكِ وَاحِدَةً. أَوْ بِالْعَكْسِ وَقَعَ ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا قَدْ حَصَلَ(١).

قَالَ فِي إِيضَاحِ الْمَسَالِكِ: وَالْمَذْهَبُ أَنْ لَا كَلَامَ لَهَا، وَصَحَّحَ ابْنُ بَشِيرٍ تَخْرِيجَ اللَّخْمِيِّ الْخِلَافَ عَلَى الْقَاعِدَةِ، يَعْنِي قَاعِدَةَ اشْتِرَاطِ مَا لَا يُفِيدُ، هَلْ يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ أَمْ لَا؟ وَاخْتَارَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ شَرْطٌ يُفِيدُ غَلَبَةَ الشَّفَاعَةِ لَهَا فِي مُرَاجَعَتِهِ عَلَى كَرَاهَةٍ مِنْهَا. اهـ.

وَعَلَى أَنَّهُ مِنْ شَرْطِ مَا يُفِيدُ تَلْزَمُهُ وَاحِدَةٌ، وَيَرُدُّ الْخُلْعَ كَمَسْأَلَةِ النَّاظِمِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِلَى الْمَسْأَلَتَيْنِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: أَوْ طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً أَوْ بِالْعَكْسِ(٢). فَمَسْأَلَةُ الْعَكْسِ فِي كَلَامِ ابْنِ الْحَاجِبِ وَخَلِيلٍ هِيَ مَسْأَلَةُ النَّاظِمِ، وَالْأَوَّلُ فِي كَلَامِهِمَا هِيَ مَسْأَلَةُ هَذَا الْفَرْعِ.

وَمُوقِعُ الطَّلَاقِ دُونَ نِيَّهْ ... بِطَلْقَةٍ يُفَارِقُ الزَّوْجِيَّهْ

وَقِيلَ بَلْ يَلْزَمُهُ أَقْصَاهُ ... وَالْأَوَّلُ الْأَظْهَرُ لَا سِوَاهُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ وَلَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً وَلَا ثَلَاثًا، فَقِيلَ تَلْزَمُهُ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهَا مُحَقَّقَةٌ، وَقَدْ حَصَلَ بِهَا مُسَمَّى الطَّلَاقِ، وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الثَّلَاثُ احْتِيَاطًا، وَالْأَوَّلُ وَهُوَ لُزُومُ الْوَاحِدَةِ أَظْهَرُ.

قُلْت: وَالْخِلَافُ مَبْنِيٌّ جَارٍ عَلَى الْخِلَافِ فِي اللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ لِأَقَلَّ وَلِأَكْثَرَ إِذَا لَمْ تَصْحَبْهُ نِيَّةٌ، هَلْ يُحْمَلُ عَلَى أَقَلِّ مَصْدُوقَاتِهِ أَوْ عَلَى أَكْثَرِهَا؟ وَلِلْمَسْأَلَةِ نَظَائِرُهَا.

وَفِي طُرُرِ ابْنِ عَاتٍ: مَنْ قَالَ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي. وَلَا نِيَّةَ لَهُ، فَقِيلَ: إِنَّهَا وَاحِدَةٌ، وَقِيلَ: إِنَّهَا ثَلَاثٌ، ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ رُشْدٍ فِي طَلَاقِ السُّنَّةِ. اهـ.

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: فَإِنْ طَلَّقَهَا وَلَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، فَفِي ذَلِكَ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ تَلْزَمُهُ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ تَلْزَمُهُ الثَّلَاثُ. ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ رُشْدٍ فِي طَلَاقِ السُّنَّةِ.

وَسُئِلَ رَحِمَهُ اللهُ فِي رَجُلٍ تَشَاجَرَ مَعَ امْرَأَتِهِ، فَقَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ. ثُمَّ اتَّبَعَتْهُ بِالسَّبِّ وَقَبِيحِ الْكَلَامِ فَقَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا. وَلَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ. فَأَجَابَ: إِذَا كَانَ الْأَمْرُ عَلَى مَا وَصَفْتَ، فَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ، وَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهَا إِلَّا بَعْدَ

(١) جامع الأمهات ص ٢٩١.

(٢) مختصر خليل ص ١١٣.

زَوْج. اهـ.

وَهَذَا بِنَاءً عَلَى حَمْلِ الطَّلاَقِ الْأَوَّلِ عَلَى الرَّجْعِيِّ، فَلِذَلِكَ أَلْزَمَهُ الثَّلاَثَ الَّتِي أَوْقَعَ عَلَيْهَا بَعْدَ ذَلِكَ، وَقَدْ تَلَخَّصَ مِنْ هَذَا أَنَّ مَنْ طَلَّقَ وَلَا نِيَّةَ لَهُ فِي وَاحِدَةٍ وَلَا فِي ثَلاَثٍ وَقُلْنَا تَلْزَمُهُ وَاحِدَةٌ، إِنَّ تِلْكَ الْوَاحِدَةَ رَجْعِيَّةٌ يُرْتَدَفُ عَلَيْهَا الطَّلاَقُ، وَكَذَا يَتَحَصَّلُ مِنْ جَوَابِ الْإِمَامِ أَبِي سَعِيدِ ابْنِ لُبٍّ فِيمَنْ قَالَ: نَعَمْ مُطَلِّقٌ أَنَا. ثُمَّ بَعْدَ يَوْمَيْنِ قَالَ: هِيَ طَالِقٌ وَهِيَ عَلَيْهِ حَرَامٌ. أَنَّهُ إِنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ: مُطَلِّقٌ أَنَا. طَلْقَةً مُمَلِّكَةً فَلاَ يَرْتَدِفُ عَلَيْهَا مَا ذَكَرَهُ مِنَ التَّحْرِيمِ، فَإِنْ أَرَادَ مُرَاجَعَتَهَا حَلَفَ أَنَّهُ قَصَدَ الطَّلْقَةَ الْمُمَلِّكَةَ.

وَإِنْ أَرَادَ بِهَا طَلْقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ لَمْ يُرِدْ رَجْعِيَّةً وَلَا مُمَلِّكَةً وَإِنَّمَا نَوَى الطَّلاَقَ دُونَ صِفَتِهِ، فَإِنَّهُ يَرْتَدِفُ عَلَيْهِ التَّحْرِيمُ الَّذِي ذَكَرَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ قَصَدَ بِالتَّحْرِيمِ تَفْسِيرَ الطَّلاَقِ الَّذِي أَوْقَعَهُ أَوَّلًا فَقَدْ لَزِمَهُ حُكْمُهُ، وَالتَّحْرِيمُ إِذَا لَزِمَ فَهُوَ الثَّلاَثُ.

قَالَ الشَّارِحُ مَا مَعْنَاهُ: وَعَلَى لُزُومِ الْوَاحِدَةِ لِمَنْ لَا نِيَّةَ لَهُ، فَهَلْ تَكُونُ رَجْعِيَّةً يَرْتَدِفُ عَلَيْهَا التَّحْرِيمُ كَمَا ذَكَرَ الْأُسْتَاذُ أَوْ بَائِنًا؟ قَالَ: وَهُوَ الْأَظْهَرُ فِي هَذِهِ الْأَزْمِنَةِ لِعَدَمِ مَعْرِفَةِ النَّاسِ بِالرَّجْعِيِّ، فَلاَ يَرْتَدِفُ التَّحْرِيمُ. اهـ.

وَمَا امْرُؤٌ لِزَوْجَةٍ يَلْتَزِمُ مِمَّا ... زَمَانُ عِصْمَةٍ يَسْتَلْزِمُ

فَذَا إِذَا دُونَ الثَّلاَثِ طَلَّقَا ... زَالَ وَإِنْ رَاجَعَ عَادَ مُطْلَقَا

مِثْلُ حَضَانَةٍ وَالْإِنْفَاقِ عَلَى ... أَوْلاَدِهَا وَمِثْلُ شَرْطٍ جَعَلاَ

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا الْتَزَمَ لِزَوْجَتِهِ مَا شَأْنُهُ أَنْ يُلْتَزَمَ زَمَانَ الْعِصْمَةِ كَحَضَانَةِ أَوْلَادِهَا وَالنَّفَقَةِ عَلَيْهِمْ وَكَالْغَيْبَةِ عَنْهَا أَوْ الرَّحِيلِ بِهَا وَالْإِخْدَامِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الْمُعْتَادَةِ ثُمَّ طَلَّقَهَا دُونَ الثَّلاَثِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَسْقُطُ عَنْهُ، فَإِذَا رَاجَعَهَا رَجَعَ إِلَيْهِمَا كَانَ الْتَزَمَهُ، فَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلاَثًا ثُمَّ رَاجَعَهَا بَعْدَ زَوْجٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَعُودُ عَلَيْهِ، وَهَذَا يُؤْخَذُ مِنْ مَفْهُومِ قَوْلِهِ: «فَذَا إِذَا دُونَ الثَّلاَثِ طَلَّقَا...» الْبَيْتَ. إِذْ مَفْهُومُهُ أَنَّهُ إِنْ طَلَّقَ ثَلاَثًا ثُمَّ رَاجَعَهَا لَمْ يَعُدْ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ: «مِثْلُ حَضَانَةٍ وَالْإِنْفَاقِ...» الْبَيْتَ. هُوَ تَمْثِيلٌ لِقَوْلِهِ: وَمَا امْرُؤٌ لِزَوْجَةٍ يَلْتَزِمُ، وَلَوْ جَعَلَهُ إِثْرَهُ لَكَانَ أَنْسَبَ.

فَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَسُئِلَ -يَعْنِي ابْنَ رُشْدٍ- عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَطَاعَ لَهَا

بِالنَّفَقَةِ عَلَى ابْنٍ لَهَا مِنْ غَيْرِهِ مُدَّةَ الزَّوْجِيَّةِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا، هَلْ تَعُودُ النَّفَقَةُ أَمْ لَا؟ فَقَالَ: تَعُودُ عَلَيْهِ مَا بَقِيَ مِنْ طَلَاقِ الْمُمَلِّكِ شَيْءٌ، فَإِنْ ادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ إِنَّمَا الْتَزَمَ النَّفَقَةَ دُونَ الْكِسْوَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَحَكَى ابْنُ زَرْبٍ أَنَّهُ تَلْزَمُهُ الْكِسْوَةُ مَعَ النَّفَقَةِ، وَرَجَّحَ ابْنُ عَرَفَةَ انْدِرَاجَ الْكِسْوَةِ فِي النَّفَقَةِ.

(فَرْعٌ) سُئِلَ الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ عَنْ الزَّوْجَةِ إِذَا أَسْقَطَتْ عَنْ زَوْجِهَا حُكْمَ الطَّوْعِ بِنَفَقَةِ أَوْلَادِهَا مِنْ غَيْرِهِ، هَلْ لَهَا ذَلِكَ وَيَنْتَفِعُ الزَّوْجُ بِإِسْقَاطِهَا أَمْ لَا؟ فَأَجَابَ: لَيْسَ لِلزَّوْجَةِ أَنْ تُسْقِطَ عَنْ زَوْجِهَا حُكْمَ الطَّوْعِ، وَلَا يَنْتَفِعُ الزَّوْجُ بِهِ إِنْ فَعَلَتْ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوْلَادِ تَعَلَّقَ بِالطَّوْعِ، فَلَيْسَ لِأُمِّهِمْ إِسْقَاطُهُ، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيًّا عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ وَصِيَّ الْمَحْجُورِ لَا يُفَوِّتُ عَلَيْهِ مَالًا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَقَدْ نَصَّ ابْنُ رُشْدٍ فِي النَّوَازِلِ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ لَيْسَ لَهَا أَنْ تُسْقِطَ عَنْ زَوْجِهَا مِنْ الشُّرُوطِ إِلَّا مَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ لِغَيْرِهَا، كَتَطْلِيقِ نَفْسِهَا إِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ أَنَّ الدَّاخِلَةَ عَلَيْهَا طَالِقٌ، فَهَذَا لَا يَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ اللهِ تَعَالَى.

مِنْ الْفَائِقِ لِلْوَنْشَرِيسِيِّ: وَانْظُرْ إِذَا تَطَوَّعَ بِنَفَقَةِ وَلَدِهَا، هَلْ تَنْقَطِعُ بِبُلُوغِهِ عَاقِلًا قَادِرًا عَلَى التَّكَسُّبِ، كَمَا تَنْقَطِعُ بِذَلِكَ عَنْ الْأَبِ؟ أَوْ لَا تَنْقَطِعُ إِلَّا بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ فِرَاقِهِمَا لِقَوْلِ الْمُوَثِّقِ فِي وَثِيقَةِ الِالْتِزَامِ مُدَّةُ الزَّوْجِيَّةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ؟ قَالَ الْحَطَّابُ فِي الِالْتِزَامِ (فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ زَرْبٍ: وَفِي الطُّرَرِ: رَأَيْت فِي بَعْضِ الْكُتُبِ إِنْ كَانَ الطَّوْعُ بِنَفَقَةِ الْوَلَدِ لِمُدَّةِ الزَّوْجِيَّةِ، فَإِنَّمَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ الْإِنْفَاقُ عَلَى الرَّبِيبِ مَا دَامَ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْكَسْبِ. اهـ.

وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ سَلْمُونٍ وَنَصُّهُ: وَإِنْ كَانَ الطَّوْعُ لِمُدَّةِ الزَّوْجِيَّةِ، فَإِنَّمَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ الْإِنْفَاقُ عَلَى الرَّبِيبِ مَا دَامَ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْكَسْبِ. اهـ. الْحَطَّابُ[١].

وَهَذَا خِلَافُ مَا تَقَدَّمَ عَنْ مُخْتَصَرِ الْمُتَيْطِيَّةِ مُعِينُ الْحُكَّامِ.

قَالَ فِي مُعِينِ الْحُكَّامِ: إِذَا طَاعَ الزَّوْجُ بِنَفَقَةِ ابْنِ امْرَأَتِهِ أَمَدَ الزَّوْجِيَّةِ، جَازَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ لَمْ يَجُزْ لِلْغَرَرِ، وَيُفْسَخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَيَثْبُتُ بَعْدَهُ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ.

---

(١) مواهب الجليل ٤/١٨٦.

كَـذَا جَـرَى الْعَمَـلُ فِي التَّمْتِيـعِ بِأَنَّـهُ يَرْجِـعُ بِـالرُّجُوعِ
وَشَـيْخُنَا أَبُـو سَـعِيدٍ فَرَّقَـا بَيْـنَهُمَا رَدًّا عَـلَى مَـنْ سَـبَقَا
وَقَـالَ قَـدْ قَـاسَ قِيَاسًـا فَاسِـدَا مَـنْ جَعَـلَ الْبَـابَيْنِ بَابًـا وَاحِـدَا
لِأَنَّـهُ حَـقٌّ لَـهُ قَـدْ أَسْـقَطَهْ فَـلاَ يَعُـودُ دُونَ أَنْ يَـشْتَرِطَهْ
وَذَاكَ لَمْ يُـسْقِطْهُ مُـسْتَوْجِبُهُ فَعَـادَ عِنْـدَمَا بَـدَا مُوجِبُـهُ
وَالْأَظْهَـرُ الْعَـوْدُ كَمَـنْ تَخْتَلِـعُ فَكُـلُّ مَـا تَتْرُكُـهُ مُرْتَجَـعُ

تَقَدَّمَ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: آخِرَ فَصْلٍ فِي حُكْمِ فَاسِدِ النِّكَاحِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ:
وَيَفْـسُدُ النِّكَـاحُ بِالْإِمْتَـاعِ فِي عُقْدَتِـهِ وَهُـوَ عَـلَى الطَّـوْعِ اُقْتُفِـيَ

أَنَّ الْإِمْتَاعَ هُوَ أَنْ تُعْطِيَ الزَّوْجَةُ وَأَبُوهَا لِلزَّوْجِ دَارًا يَسْكُنُهَا أَوْ أَرْضًا يُعَمِّرُهَا وَنَحْوَ ذَلِكَ، وَأَنَّ ذَلِكَ إِنْ كَانَ فِي نَفْسِ عَقْدِ النِّكَاحِ فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ، وَإِنْ كَانَ طَوْعًا بَعْدَ الْعَقْدِ فَجَائِزٌ.

وَلَمَّا ذَكَرَ النَّاظِمُ فِي الْأَبْيَاتِ قَبْلَ هَذِهِ حُكْمَ مَا الْتَزَمَهُ الزَّوْجُ لِزَوْجَتِهِ، وَإِنْ طَلَّقَهَا سَقَطَ عَنْهُ، وَإِنْ رَاجَعَهَا رَجَعَ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا طَلَّقَهَا ثَلاَثًا وَرَاجَعَهَا بَعْدَ زَوْجٍ، فَلاَ يَعُودُ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا الْتَزَمَهُ ثَانِيَةً فِي هَذِهِ المُرَاجَعَةِ، ذَكَرَ هُنَا أَنَّ الْإِمْتَاعَ كَذَلِكَ، وَأَنَّهَا إِنْ أَمْتَعَتْهُ سُكْنَى دَارِهَا مَثَلاً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلاَ سُكْنَى لَهُ، فَإِنْ رَاجَعَهَا رَجَعَتْ إِلَيْهِ السُّكْنَى، إِلَّا إِذَا طَلَّقَهَا ثَلاَثًا ثُمَّ رَاجَعَهَا بَعْدَ زَوْجٍ لَمْ تَرْجِعْ لَهُ، فَلاَ فَرْقَ فِي الْحُكْمِ بَيْنَ مَا الْتَزَمَهُ الزَّوْجُ لِزَوْجَتِهِ وَمَا الْتَزَمَتْهُ هِيَ لَهُ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ وَأَخْبَرَ فِيهِ أَنَّ الَّذِي جَرَى بِهِ الْعَمَلُ أَنَّ المَسْأَلَتَيْنِ سَوَاءٌ، أَنَّهُ وَإِنْ طَلَّقَ دُونَ الثَّلاَثِ ثُمَّ رَاجَعَهَا لَهُ مَا أَمْتَعَتْهُ بِهِ، ثُمَّ أَخْبَرَ النَّاظِمُ عَنْ شَيْخِهِ أَبِي سَعِيدٍ ابْنِ لُبٍّ -رَحِمَهُمَا اللهُ- أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ رَدًّا عَلَى مَنْ سَبَقَ مِمَّنْ سَاوَى بَيْنَهُمَا، وَهُوَ الْإِمَامُ ابْنُ الْقَاسِمِ الْجَزِيرِيُّ مُؤَلِّفُ المَقْصِدِ المَحْمُودِ -أَحَدِ الْكُتُبِ الْأَرْبَعَةِ الَّتِي يَنْقُلُ مِنْهَا النَّاظِمُ-، وَقَالَ: إِنَّ مَنْ قَاسَ مَسْأَلَةَ الْإِمْتَاعِ عَلَى مَسْأَلَةِ الْتِزَامِ الزَّوْجِ، فَإِنَّ قِيَاسَهُ فَاسِدٌ لَا عَمَلَ عَلَيْهِ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ.

وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: وَشَيْخُنَا أَبُو سَعِيدٍ فَرَّقَا الْبَيْتَيْنِ فَقَوْلُهُ: «مَنْ جَعَلَ» هُوَ فَاعِلُ

«قَاسَ»، وَفَاعِلُ «قَالَ» لِأَبِي سَعِيدٍ «وَرَدًّا» مَفْعُولٌ مِنْ أَجْلِهِ.

ثُمَّ بَيَّنَ الْفَرْقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي قَوْلِهِ: «لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ قَدْ أَسْقَطَهُ...» الْبَيْتَيْنِ. وَأَنَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْإِمْتَاعِ الْحَقُّ لِلزَّوْجِ، فَإِذَا طَلَّقَ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ، فَلاَ يَعُودُ إِلَيْهِ بِالْمُرَاجَعَةِ إِلَّا إِذَا أُمْتِعَ ثَانِيَةً، وَأَمَّا مَا الْتَزَمَهُ الزَّوْجُ لِزَوْجَتِهِ، فَإِنَّ الْحَقَّ فِيهِ لِلزَّوْجَةِ أَوْ لِبَنِيهَا، وَهُمْ لَمْ يُسْقِطُوا مَا وَجَبَ لَهُمْ، فَيَعُودُ ذَلِكَ لَهُمْ إِذَا عَادَ سَبَبُهُ وَمُوجِبُهُ وَهُوَ الزَّوْجِيَّةُ.

وَقَوْلُهُ: «لِأَنَّهُ» أَيِ الْإِمْتَاعُ «حَقٌّ لَهُ» أَيْ لِلزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ: «وَذَاكَ» أَيْ: مَا الْتَزَمَهُ الزَّوْجُ.

ثُمَّ أَخْبَرَ النَّاظِمُ أَنَّ الْأَظْهَرَ عِنْدَهُ مِنَ الرَّأْيَيْنِ عَوْدُ الْإِمْتَاعِ بِالْمُرَاجَعَةِ كَمَا صَدَّرَ بِهِ أَوَّلًا، وَنَظَرُ ذَلِكَ بِالْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ قَرِيبًا، وَهُوَ مَنْ الْتَزَمَ لِزَوْجَتِهِ نَفَقَةَ أَوْلَادِهَا أَوْ شُرُوطًا، فَطَلُقَتْ دُونَ الثُّلَاثِ بِخُلْعٍ يَعْنِي أَوْ بِغَيْرِ خُلْعٍ ثُمَّ رَاجَعَهَا، فَإِنَّ كُلَّ مَا الْتَزَمَ لَهَا أَوَّلًا مِمَّا ذَكَرَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ كَمَا كَانَ، وَلَمَّا كَانَ لَهَا عَلَى الزَّوْجِ شُرُوطٌ وَتَسْقُطُ عَنْهُ بِالطَّلَاقِ، صَارَتْ كَأَنَّهَا أَعْطَتْهُ شَيْئًا لِيُطَلِّقَهَا فَسَمَّاهَا مُخْتَلِفَةً، وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ اسْتَظْهَرَ اسْتِوَاءَ الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ الْفَرْقُ الْمُتَقَدِّمُ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «كَمَنْ تَخْتَلِعِ». فَكُلُّ مَا تَتْرُكُهُ مُرْتَجَع، فَإِنْ كَانَ هَذَا مُرَادَهُ فَفِي قَوْلِهِ: «كَمَنْ تَخْتَلِعُ...» إِلَخْ. تَكْرَارٌ مَعَ قَوْلِهِ: «كَذَا جَرَى الْعَمَلُ فِي التَّمْتِيعِ...» الْبَيْتَ. وَ«تَتْرُكُهُ» بِمَعْنَى الْمَاضِي أَيْ تَرَكَتْهُ، وَمَا سَقَطَ مِنْ حَقِّهَا بِالطَّلَاقِ، أَيْ يَعُودُ بِالْمُرَاجَعَةِ.

وَلَا يَعْنِي -وَاللهُ أَعْلَمُ- أَنَّ كُلَّ مَا تَتْرُكُهُ الْمُخْتَلِعَةُ لِلزَّوْجِ مِنَ الْمَالِ مِمَّا أَعْطَتْهُ لَهُ مِنْ يَدِهَا أَوْ سَلَّمَتْ لَهُ فِيهِ مِمَّا فِي ذِمَّتِهِ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهَا إِذَا رَاجَعَهَا، إِذْ قَدْ يَتَرَاجَعَانِ عَلَى ذَلِكَ، وَقَدْ يَرُدُّ لَهَا بَعْضَهُ، وَقَدْ لَا يَرُدُّ لَهَا شَيْئًا وَلَا يُعْطِيهَا إِلَّا مَا يَحِلُّ بِهِ النِّكَاحُ، فَانْظُرْ ذَلِكَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَبِهَذَا حَمَلَ الشَّارِحُ قَوْلَهُ: «كَمَنْ تَخْتَلِعُ» وَلَفْظُهُ: وَالْأَظْهَرُ عَوْدَةُ التَّمْتِيعِ كَالْمُخْتَلِعَةِ الَّتِي تَتْرُكُ مَا كَانَ لَهَا فِي مَهْرِهَا مِنْ كَالِئٍ وَسِوَاهُ، فَإِذَا عَادَتِ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مُفَارِقِهَا عَادَ عَلَيْهِ كُلُّ مَا تَرَكَتْهُ. اهـ.

وَهُوَ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِمَا قُلْنَا مِنْ أَنَّ عَوْدَ مَا أَعْطَتْهُ إِنَّمَا هُوَ اتِّفَاقِيٌّ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ لَا لَازِمٌ حَتَّى يُقَاسَ عَلَيْهِ.

قَالَ فِي الْمَقْصِدِ الْمَحْمُودِ: وَإِنْ أَعْمَرَتْ زَوْجَةٌ زَوْجَهَا فِي دَارِهَا أَوْ غَيْرِهَا مُدَّةً

الزَّوْجِيَّةِ فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ، فَإِنْ رَاجَعَهَا بَقِيَتْ الْعُمْرَى مَا بَقِيَ مِنْ طَلَاقِ ذَلِكَ المِلْكِ شَيْءٌ، فَلاَ يَنْقَطِعُ إِلَّا بِالثَّلاَثِ إِنْ رَاجَعَهَا بَعْدَ زَوْجٍ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَمَدَ الزَّوْجِيَّةِ. يَقْتَضِي أَمَدَ الْعِصْمَةِ، وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ بْنُ رُشْدٍ فِيهِ: مَنْ تَطَوَّعَ لِزَوْجِهِ بِنَفَقَةِ ابْنِهَا مِنْ غَيْرِ أَمَدِ الزَّوْجِيَّةِ فَطَلَّقَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا وَأَبَى مِنْ الْإِنْفَاقِ، فَإِنَّ الْإِنْفَاقَ لَازِمٌ لَهُ مَا بَقِيَ مِنْ طَلَاقِ ذَلِكَ المِلْكِ شَيْءٌ، كَمَا قَالُوا فِي عَوْدَةِ الْيَمِينِ.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ: وَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ مِنْ تَفْرِيقِ الْأُسْتَاذِ أَبِي سَعِيدِ ابْنِ لُبٍّ رَحِمَهُ اللهُ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّهُ قَوْلُهُ:

وَرَجْعَةُ الزَّوْجِ تُفِيدُ كُلَّ مَا ... قَدْ كَانَ فِي عِصْمَتِهِ مُلْتَزَمَا

مِنْ شَرْطٍ أَوْ نَفَقَةٍ لَا تَلْزَمُهْ ... وَإِنْ يُمَتِّعْ فَالطَّلَاقُ يَهْدِمُهْ

لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ قَدْ تَرَكَهْ ... وَغَيْرُهُ مِنْ بَعْدِهِ قَدْ مَلَكَهْ

وَذَاكَ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ... فَلَمْ يَكُنْ إِسْقَاطُهُ إِلَيْهِ

قَاسَ الجَزِيرِيُّ قِيَاسًا فَاسِدًا فَجَعَلَ الْبَابَيْنِ بَابًا وَاحِدًا.

فصل في التداعي في الطلاق

أَيْ فِي النِّزَاعِ عِنْدَ الطَّلَاقِ.

وَالزَّوْجُ إنْ طَلَّقَ مِنْ بَعْدِ الْبِنَا	وَلِادِّعَاءِ الْوَطْءِ رَدَّ مُعْلِنَا
فَالْقَوْلُ قَوْلُ زَوْجَةٍ وَتَسْتَحِقّ	بَعْدَ الْيَمِينِ مَهْرَهَا الَّذِي يَحِقّ
وَإِنْ يَكُنْ مِنْهَا نُكُولٌ فَالْقَسَمْ	عَلَيْهِ وَالْوَاجِبُ نِصْفُ مَا الْتَزَمْ
وَيَغْرَمُ الْجَمِيعَ مَهْمَا نَكَلاَ	وَإِنْ يَكُنْ لِلابْتِنَاءِ قَدْ خَلاَ
فَالْقَوْلُ قَوْلُ زَائِرٍ وَقِيلَ بَلْ	لِزَوْجَةٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنْ عَمَلْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ تَزَوَّجَ بِامْرَأَةٍ وَخَلاَ بِهَا خَلْوَةَ اهْتِدَاءٍ، أَيْ جِيءَ بِهَا إِلَيْهِ وَمُكِّنَ مِنْهَا وَخُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا.

الْجَوْهَرِيُّ: هُدِيَتْ الْمَرْأَةُ إِلَى زَوْجِهَا هِدَاءً. وَهِيَ مَهْدِيَّةٌ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقَالَ: لَمْ أَمَسَّهَا. وَقَالَتْ: بَلْ مَسَّنِي. فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَلَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَالزَّوْجُ إنْ طَلَّقَ...» الْبَيْتَيْنِ. وَذَلِكَ لِأَنَّ إرْخَاءَ السِّتْرِ شَاهِدٌ عُرْفِيٌّ، فَتَحْلِفُ مَعَهُ وَتَسْتَحِقُّ، فَإِنْ نَكَلَتْ عَنْ الْيَمِينِ حَلَفَ الزَّوْجُ وَلَمْ يَكُنْ لَهَا إِلَّا نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ مِنْهَا نُكُولٌ فَالْقَسَمْ...» الْبَيْتَ. وَذَلِكَ لِأَنَّ نُكُولَهَا كَالشَّاهِدِ لِلزَّوْجِ فَيَحْلِفُ مَعَهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ.

فَإِذَا نَكَلَ هُوَ أَيْضًا بَعْدَ نُكُولِهَا فَيَجِبُ عَلَيْهِ الصَّدَاقُ كَامِلاً، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَيَغْرَمُ الْجَمِيعُ مَهْمَا نَكَلاَ» وَذَلِكَ لِقَوْلِهِمْ: النُّكُولُ بَعْدَ النُّكُولِ تَصْدِيقٌ لِلنَّاكِلِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ هُنَا الزَّوْجَةُ، فَلَهَا جَمِيعُ الصَّدَاقِ، وَهَذَا إذَا كَانَتْ الْخَلْوَةُ خَلْوَةَ اهْتِدَاءٍ، وَأَمَّا إنْ كَانَتْ الْخَلْوَةُ خَلْوَةَ زِيَارَةٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّائِرِ مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ زَارَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا أَنَّهُ مَسَّهَا وَلَهَا جَمِيعُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ زَارَهَا هُوَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِنَّهُ لَمْ يَمَسَّهَا وَعَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ. وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ سَوَاءٌ زَارَتْهُ أَوْ زَارَهَا، وَلَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، فَقَوْلُهُ: وَالزَّوْجُ إنْ طَلَّقَ مِنْ بَعْدِ الْبِنَا؛ أَيْ مِنْ بَعْدِ الْخَلْوَةِ بِهَا إنْ كَانَتْ خَلْوَةَ اهْتِدَاءٍ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: أَيْ خُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، وَهُوَ مُرَادُ عُلَمَائِنَا بِإِرْخَاءِ الْمَسْتُورِ،

وَلَيْسَ الْمُرَادُ إِرْخَاءَ سِتْرٍ وَلَا إِغْلَاقَ بَابٍ، قَالَهُ ابْنُ أَبِي زَمَنِينَ. اهـ.

مَفْهُومُ قَوْلِهِ: «مِنْ بَعْدِ الْبِنَا». أَنَّهُمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْمَسِيسِ بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَيْهَا وَلَمْ تَثْبُتْ خَلْوَةٌ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّ الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الزَّوْجِ. نَقَلَهُ الشَّارِحُ عَنِ ابْنِ الْحَارِثِ.

«وَلِادِّعَاءِ» يَتَعَلَّقُ بِرَدٌّ وَلَامُهُ زَائِدَةٌ، وَ«مُعْلِنًا» حَالٌ مِنْ فَاعِلِ رَدَّ الْعَائِدِ عَلَى الزَّوْجِ، وَكَانَ فِي قَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ مِنْهَا نُكُولٌ». تَامَّةٌ، وَأَلِفُ «نَكَلَا» لِلتَّثْنِيَةِ، أَيْ كُلٌّ مِنْهُمَا، وَقَدْ خَلَا خَبَرُ كَانَ مِنْ قَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ لِلابْتِنَاءِ»، وَقَوْلُهُ: «فَالْقَوْلُ قَوْلُ زَائِرٍ». هُوَ جَوَابُ قَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ».

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قَالَ سَحْنُونٌ: قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ الْقَاسِمِ: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَخَلَا بِهَا وَأَرْخَى السِّتْرَ عَلَيْهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقَالَ: لَمْ أَمَسَّهَا. وَقَالَتْ: قَدْ مَسَّنِي. فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَلَهَا الصَّدَاقُ كَامِلاً إِذَا كَانَ الدُّخُولُ عَلَيْهَا دُخُولَ بِنَاءٍ، وَسَوَاءٌ فِي هَذَا دَخَلَ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهِ أَوْ بَيْتِهَا. قُلْت: فَإِنْ كَانَ بَنَى بِهَا وَدَخَلَ عَلَيْهَا نَهَارًا فِي رَمَضَانَ أَوْ وَهِيَ صَائِمَةٌ صِيَامَ نَذْرٍ أَوْ كَفَّارَةٍ أَوْ تَطَوُّعٍ، ثُمَّ طَلَّقَهَا مِنْ يَوْمِهِ أَوْ كَانَتْ مُحْرِمَةً أَوْ حَائِضًا، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ إِحْرَامَهَا أَوْ تَغْتَسِلَ مِنْ حَيْضَتِهَا وَأَنْكَرَ الْمَسِيسَ. فَقَالَ سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ دَخَلَ عَلَى امْرَأَتِهِ وَهِيَ حَائِضٌ ثُمَّ اخْتَلَفَا، فَقَالَ الزَّوْجُ: لَمْ أَمَسَّهَا. وَقَالَتْ الْمَرْأَةُ: بَلْ قَدْ مَسَّنِي. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ إِذَا أُرْخِيَتْ عَلَيْهِمَا السُّتُورُ، فَأَنَا أَرَى كُلَّ مَنْ خَلَا بِامْرَأَتِهِ وَادَّعَتْ أَنَّهُ قَدْ مَسَّهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا إِذَا كَانَتْ خَلْوَةَ بِنَاءٍ، وَإِنْ كَانَتْ حِينَ خَلَا بِهَا فِي حَالَةٍ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُجَامِعَهَا فِيهَا. اهـ.

وَقَدْ اخْتَصَرَ ابْنُ الْحَاجِبِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِأَوْجَزِ عِبَارَةٍ وَأَلْطَفِ إِشَارَةٍ فَقَالَ: وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا فِي الْوَطْءِ إِذَا خَلَا بِهَا خَلْوَةَ اهْتِدَاءٍ وَإِنْ كَانَتْ مُحْرِمَةً، أَوْ حَائِضًا، أَوْ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ. ثُمَّ قَالَ: وَفِي خَلْوَةِ الزِّيَارَةِ مَشْهُورُهَا قَوْلُ الزَّائِرِ مِنْهُمَا لِلْعُرْفِ بِخِلَافِ خَلْوَةِ الاهْتِدَاءِ[1].

التَّوْضِيحُ: الْمَشْهُورُ إِنْ زَارَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ أَنَّ الرَّجُلَ يَنْشَطُ فِي بَيْتِهِ، وَإِنْ زَارَهَا هُوَ فِي بَيْتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ أَنَّ الرَّجُلَ لَا يَنْشَطُ إِلَيْهَا، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: لِلْعُرْفِ. اهـ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨١.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا رَشِيدَةً كَانَتْ أَوْ سَفِيهَةً، كَانَ الْبِنَاءُ فِي دَارِهِ أَوْ فِي دَارِهَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ عَنْ قُرْبٍ مِنَ الْبِنَاءِ أَوْ بُعْدٍ، وَلَهَا الْمَهْرُ كُلُّهُ وَلَا رَجْعَةَ لَهُ لِإِنْكَارِهِ الْوَطْءَ، وَاخْتُلِفَ فِي يَمِينِهَا، وَسَكَتَ عَنْ الْيَمِينِ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَقَالَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَكِتَابِ ابْنِ الْجَهْمِ: عَلَيْهَا الْيَمِينُ. اهـ.

وَعَلَى وُجُوبِ الْيَمِينِ اعْتَمَدَ النَّاظِمُ؛ لِأَنَّ إِرْخَاءَ السُّتُورِ شَاهِدٌ عُرْفِيٌّ كَمَعْرِفَةِ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ فِي اللُّقَطَةِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّ الْعَادَةَ وَالْعُرْفَ كَشَاهِدٍ وَاحِدٍ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْيَمِينِ مَعَهُ، وَقِيلَ: كَالشَّاهِدِينَ فَلَا يَمِينَ.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ أَيْضًا: وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو مُحَمَّدٍ قَاعِدَةٌ: كُلُّ مَنْ حُكِمَ بِقَوْلِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ يَمِينِهِ. اهـ.

وَقَالَ ابْنُ الْحَارِثِ: رُوِيَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ أَنَّهُ قَالَ: رَجَعَ مَالِكٌ عَنْ كَوْنِ الْقَوْلِ قَوْلَ الزَّائِرِ إِلَى أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَرْأَةِ حَيْثُمَا أَخَذَهُمْ السِّتْرُ وَكَانَتْ الْخَلْوَةُ. اهـ.

وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ نَبَّهَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: وَقِيلَ بَلْ لِزَوْجَةٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنْ عَمَلٍ وَلَمْ يَنْقُلْ الشَّارِحُ فِقْهًا يُوَافِقُ قَوْلَ النَّاظِمِ:

وَإِنْ يَكُنْ مِنْهَا نُكُولٌ فَالْقَسَمْ — عَلَيْهِ وَالْوَاجِبُ نِصْفُ مَا الْتَزَمْ

وَيَغْرَمُ الْجَمِيعَ مَهْمَا نَكَلَا — ....

وَلَكِنَّهُ جَارٍ عَلَى الْفِقْهِ ظَاهِرُ الْوَجْهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَنْ كَسَا الزَّوْجَةَ ثُمَّ طَلَّقَا — يَأْخُذُهَا مَعَ قُرْبِ عَهْدٍ مُطْلَقَا

وَالْأَخْذُ إِنْ مَرَّتْ لَهَا شُهُورُ — ثَلَاثَةٌ فَصَاعِدًا مَحْظُورُ

وَإِنْ يَكُونَا اخْتَلَفَا فِي الْمَلْبَسِ — فَالْقَوْلُ قَوْلُ زَوْجَةٍ فِي الْأَنْفَسِ

وَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ بِثَوْبٍ مُمْتَهَنْ — وَلُبْسُ ذَاتِ الْحَمْلِ بِالْحَمْلِ اقْتَرَنْ

وَحَيْثُمَا خُلْفُهُمَا فِي الزَّمَنِ — يُقَالُ لِلزَّوْجَةِ فِيهِ بَيِّنِي

وَعَجْزُهَا يَمِينَ زَوْجٍ يُوجِبُ — وَإِنْ أَرَادَ قَلْبَهَا فَتُقْلَبُ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ عَلَى مَسَائِلَ:

الْأُولَى: مَنْ كَسَا زَوْجَتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلاَقًا بَائِنًا وَلَا حَمْلَ بِهَا، بِحَيْثُ لَا يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ كُسْوَةٌ، وَأَرَادَ الزَّوْجُ أَخْذَ كُسْوَتِهِ، فَإِنْ كَانَتْ كُسْوَتُهُ لَهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ بِأَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فَلَهُ أَخْذُ كُسْوَتِهِ كَيْفَمَا وَجَدَهَا، وَإِنْ كَانَتْ قَبْلَ الطَّلَاقِ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا فَلَا يَأْخُذُهَا، وَإِلَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَمَنْ كَسَا الزَّوْجَةَ ثُمَّ طَلَّقَا...» الْبَيْتَيْنِ. وَمَعْنَى الْإِطْلَاقِ فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ كَيْفَمَا وَجَدَهَا خَلِقَةً أَمْ لَا.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا كَسَاهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَادَّعَى أَنَّهَا الْكُسْوَةُ الْوَاجِبَةُ عَلَيْهِ لِيَسْتَرِدَّهَا إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بِالْقُرْبِ كَمَا ذُكِرَ فِي المَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَادَّعَتْ هِيَ أَنَّهُ أَهْدَاهَا لَهَا فَهِيَ هِبَةٌ قَدْ حِيزَتْ، فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ فِي الثَّوْبِ الرَّفِيعِ المُنَاسِبِ لِدَعْوَاهَا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي ثَوْبِ المِهْنَةِ المُنَاسِبِ لِمَا يُفْرَضُ عَلَيْهِ وَيُلْزَمُ بِهِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُونَا اخْتَلَفَا فِي المَلْبَسِ». فَالْقَوْلُ قَوْلُ زَوْجَةٍ فِي الْأَنْفَسِ، وَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ بِثَوْبٍ مُمْتَهَنْ.

المَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ حَامِلاً، فَإِنَّ لَهَا عَلَيْهِ الْكُسْوَةَ مَا دَامَتْ حَامِلاً، وَإِلَيْهَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: وَلُبْسُ ذَاتِ الحَمْلِ بِالحَمْلِ اقْتَرَنْ.

المَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: إِذَا كَسَاهَا وَطَلَّقَهَا وَاتَّفَقَا عَلَى أَنَّهَا الْكُسْوَةُ الْوَاجِبَةُ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ اخْتَلَفَا فِي قُرْبِ الزَّمَانِ وَبُعْدِهِ، فَادَّعَى الزَّوْجُ قُرْبَ زَمَانِ كُسْوَتِهِ لَهَا لِيَسْتَرِدَّهَا مِنْهَا، وَادَّعَتْ هِيَ طُولَ زَمَنِ ذَلِكَ لِتَبْقَى لَهَا، حَسْبَمَا تَقَدَّمَ فَعَلَى الزَّوْجَةِ الْبَيِّنَةُ بِطُولِ الزَّمَنِ لِأَنَّهَا مُدَّعِيَةٌ، فَإِنْ عَجَزَتْ عَنْهَا حَلَفَ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعًى عَلَيْهِ، فَإِنْ أَرَادَ قَلْبَ الْيَمِينِ عَلَى الزَّوْجَةِ فَلَهُ ذَلِكَ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَحَيْثُمَا خُلْفُهُمَا فِي الزَّمَنِ...» الْبَيْتَيْنِ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: وَإِنْ كَسَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ كُسْوَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا لَا تَجِبُ لَهَا بِهِ نَفَقَةٌ وَلَا كُسْوَةٌ، فَإِنْ أَرَادَ أَخْذَ كُسْوَتِهِ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ مَضَى لِابْتِيَاعِهِ لَهَا أَشْهُرٌ وَكَانَ ذَلِكَ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ فَمَا فَوْقَهَا إِلَى الْعَشَرَةِ، فَهِيَ لِلْمَرْأَةِ وَلَا شَيْءَ فِيهَا لِلرَّجُلِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَهِيَ لِلرَّجُلِ، فَإِنْ اخْتَلَفَا وَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ ابْتَاعَهَا مُنْذُ شَهْرَيْنِ، وَادَّعَتْ المَرْأَةُ مُنْذُ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَزِيَادَةٍ، فَعَلَى المَرْأَةِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى مُدَّةِ الِابْتِيَاعِ؛ لِأَنَّهَا تُرِيدُ اسْتِحْقَاقَ الْكُسْوَةِ، فَإِنْ عَجَزَتْ عَنْ إِثْبَاتِ ذَلِكَ كَانَ لَهَا الْيَمِينُ عَلَى الزَّوْجِ.

قَالَ ابْنُ فَتْحُونٍ: بَعْدَ نَقْلِهِ مِنْ المُدَوَّنَةِ اسْتِحْبَابَ مَالِكٍ إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ أَوْ المَرْأَةُ بَعْدَ الْأَشْهُرِ أَنْ لَا يَتْبَعَ المَرْأَةَ بِشَيْءٍ مِنْ الْكُسْوَةِ مَا نَصُّهُ: وَالَّذِي وَقَعَ فِي الْكِتَابِ المَذْكُورِ إِنَّمَا

هُوَ فِي الْكُسْوَةِ الَّتِي يَفْرِضُهَا الْقَاضِي، وَأَمَّا مَا كَسَاهَا الزَّوْجُ عَلَى وَجْهِ الْهَدِيَّةِ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ فِيهَا خَلَقَتْ أَوْ لَمْ تَخْلُقْ، قَرُبَ عَهْدُهَا أَوْ بَعُدَ، وَهِيَ مُوَرَّثَةٌ عَنْهَا، فَإِنْ اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ: هَذِهِ الْكُسْوَةُ مِمَّا فُرِضَ عَلَيَّ. وَقَالَتْ الزَّوْجَةُ: بَلْ هِيَ مِمَّا أَهْدَيْتَهُ إِلَيَّ. كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الزَّوْجِ بِيَمِينِهِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْكُسْوَةُ مِمَّا لَا يَفْرِضُ مِثْلَهَا الْقَاضِي، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهَا أَوْ قَوْلَ وَرَثَتِهَا.

وَفِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت: فَإِنْ دَفَعَ الزَّوْجُ لَهَا ثَوْبًا فَقَالَتْ: أَهْدَيْتَهُ إِلَيَّ. وَقَالَ: بَلْ هُوَ مِمَّا فَرَضَ الْقَاضِي عَلَيَّ. فَقَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الثَّوْبُ مِنْ الثِّيَابِ الَّتِي لَا يَفْرِضُهَا الْقَاضِي لِمِثْلِهَا، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهَا. اهـ.

فَقَوْلُهُ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: وَإِنْ كَسَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ... إلَخْ. هِيَ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى فِي النَّظْمِ، وَقَوْلُهُ: فَإِنْ اخْتَلَفَا وَادَّعَى الزَّوْجُ. وَمَا بَعْدَهُ هِيَ الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ فِي النَّظْمِ. وَقَوْلُهُ: فَإِنْ اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ. وَمَا بَعْدَهُ عَنْ الْمُقَرِّبِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ فِي النَّظْمِ.

وَسُئِلَ الْإِمَامُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّاطِبِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ تَاجِرٍ فِي الثِّيَابِ وَغَيْرِهَا تُوُفِّيَ، فَادَّعَى وَرَثَتُهُ فِي بَعْضِ الثِّيَابِ الَّتِي هِيَ مِنْ شَاكِلَةِ الْمَرْأَةِ وَاحْتَوَى عَلَيْهَا مَنْزِلُهَا أَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ مُتَخَلَّفِهِ، وَادَّعَتْ الْمَرْأَةُ أَنَّ الزَّوْجَ سَاقَهَا لَهَا وَأَنَّهَا مَتَاعُهَا لَا مِنْ الْمُتَخَلَّفِ، فَقَوْلَ مَنْ يَكُونُ الْقَوْلُ؟ فَأَجَابَ: إنَّ دَعْوَى الْمَرْأَةِ فِي الثِّيَابِ أَنَّ زَوْجَهَا سَاقَهَا لَهَا لَا تُسْمَعُ إِلَّا إِذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَى أَنَّ تِلْكَ الثِّيَابَ بِأَعْيُنِهَا مِنْ جُمْلَةِ السِّيَاقَةِ، وَأَنَّهُ وَهَبَهَا لَهَا عَلَى الْخُصُوصِ، فَإِنْ لَمْ تَقُمْ عَلَى ذَلِكَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ تِلْكَ الثِّيَابَ مِنْ جُمْلَةِ مَالِ الْمَرْأَةِ وَلَا مَتَاعِهَا إِلَى آخِرِ نَصِّ الْيَمِينِ، لَا تَدْخُلُ هَذِهِ النَّازِلَةُ فِي مَسْأَلَةِ الِاخْتِلَافِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ، لَكِنْ يَبْقَى النَّظَرُ فِي لِبَاسِهَا تِلْكَ الثِّيَابَ وَامْتِهَانِهَا لَهَا، هَلْ تَسْتَحِقُّهَا بِذَلِكَ أَمْ لَا؟ وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الرَّجُلَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْتَجِعَ كُسْوَةَ الْمَرْأَةِ عِنْدَ فِرَاقِهَا إِذَا كَانَتْ مُبْتَذَلَةً، فَإِنْ لَمْ تُبْتَذَلْ كَانَ لَهُ ارْتِجَاعُهَا، فَهَذِهِ الثِّيَابُ مِثْلُهَا إِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ قَدْ ابْتَذَلَتْهَا فَهِيَ لَهَا، وَإِلَّا صَارَتْ مِيرَاثًا. اهـ. مِنْ الشَّارِحِ.

وَإِنَّمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ لِإِقْرَارِهَا أَنَّهَا لِلزَّوْجِ وَادَّعَتْ أَنَّهُ أَعْطَاهَا إِيَّاهَا، فَلاَ تُقْبَلُ دَعْوَاهَا، وَلِذَلِكَ لَمْ تَدْخُلْ فِي الِاخْتِلَافِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَصْلُحُ بِالْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَيْثُ لَمْ يُعْلَمْ لِمَنْ هُوَ الشَّيْءُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ، وَهَذَا قَدْ عُلِمَ أَنَّهُ لِلزَّوْجِ، فَلاَ يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا بِبَيَانٍ.

فصل

وَمَـنْ يُطَلِّـقْ طَلْقَـةً رَجْعِيَّـهْ ... ثُـمَّ أَرَادَ الْعَـوْدَ لِلزَّوْجِيَّـةِ

فَـالْقَوْلُ لِلزَّوْجَـةِ وَالْيَمِـينُ ... عَـلَى انْقِـضَاءِ عِـدَّةٍ تُبِـينُ

ثُـمَّ لَـهُ ارْتِجَاعُهَـا حَيْـثُ الْكَـذِبْ ... مُـسْتَوْضَحٌ مِـنْ الزَّمَـانِ الْمُقْـتَرِبْ

وَمَـا ادَّعَـتْ مِـنْ ذَلِـكَ الْمُطَلَّقَـهْ ... بِالـسُّقْطِ فَهِـيَ أَبَـدًا مُـصَدَّقَهْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلاَقًا رَجْعِيًّا ثُمَّ أَرَادَ رَجْعَتَهَا، فَزَعَمَتْ أَنَّ عِدَّتَهَا انْقَضَتْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا إذَا كَانَ يُمْكِنُ ذَلِكَ، فَإِنْ قَرُبَ مَا بَيْنَ الطَّلاَقِ وَالرَّجْعَةِ جِدًّا بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ انْقِضَاءُ عِدَّةِ الْأَقْرَاءِ فِيهِ وَتَبَيَّنَ كَذِبُهَا فَلَهُ مُرَاجَعَتُهَا، فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّ انْقِضَاءَهَا كَانَ بِسَبَبِ سَقْطٍ أَسْقَطَتْهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَوْ بِقُرْبٍ مِنْ الطَّلَاقِ، وَعَلَى تَصْدِيقِهَا وَلَوْ بِالْقُرْبِ.

نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «أَبَدًا». وَالْإِشَارَة بِذَلِكَ لانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

وَقَوْلُهُ: «تُبِينُ». بِضَمِّ التَّاءِ مُضَارِعُ أَبَانَ، وَهُوَ خَبَرٌ عَنْ الْيَمِينِ، أَيْ أَنَّ يَمِينَهَا عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ تُبِينُ عِصْمَتَهَا وَتُخْرِجُهَا مِنْ الْعِدَّةِ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: فَإِنْ أَرَادَ ارْتِجَاعَهَا وَقَالَتْ: قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي. كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا إذَا كَانَ قَدْ مَضَى مِنْ الْعِدَّةِ مَا يُشْبِهُ أَنْ تَحِيضَ فِيهِ ثَلاَثَ حِيَضٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ ارْتِجَاعُهَا.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: قَالَ ابْنُ الْهِنْدِيِّ وَفِي مَقَالَاتِ ابْنِ مُغِيثٍ مَعَ يَمِينِهَا.

وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ أَيْضًا: وَإِنْ اسْتَبَانَ كَذِبُهَا لِقِصَرِ الْمُدَّةِ رَاجَعَهَا عَلَى مَا أَحَبَّتْ أَوْ كَرِهَتْ.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَإِنْ قَالَتْ: قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي بِسُقْطٍ. قُبِلَ قَوْلُهَا، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الطَّلَاقِ بِيَوْمٍ، وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا، وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى تَكْذِيبِ الْجِيرَانِ لَهَا. اهـ.

وَمَا حَكَاهُ الْمُؤَلِّفُ مِنْ حَلِفِ الْمَرْأَةِ هُوَ الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ مُغِيثٍ عَنْ ابْنِ الْهِنْدِيِّ كَمَا تَقَدَّمَ، وَنَقَلَ الْمُتَيْطِيُّ أَنَّهَا تُصَدَّقُ بِلاَ يَمِينٍ وَقَالَ: إنَّ الْعَمَلَ عَلَيْهِ.

وَعَلَيْهِ اقْتَصَرَ صَاحِبُ الْمُخْتَصَرِ حَيْثُ قَالَ: وَصُدِّقَتْ فِي انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْأَقْرَاءِ

وَالْوَضْعِ بِلاَ يَمِينٍ مَا أَمْكَنَ[١]. وَلَعَلَّ الشَّيْخَ اعْتَمَدَ الْقَوْلَ بِيَمِينِهَا لِفَسَادِ الزَّمَانِ وَقِلَّةِ الْأَمَانِ.

وَلَا يُطَلِّقُ الْعَبِيدَ السَّيِّدُ ... إِلَّا الصَّغِيرَ مَعَ شَيْءٍ يُرْفَدُ

وَكَيْفَمَا شَاءَ الْكَبِيرُ طَلَّقَا ... وَمُنْتَهَاهُ طَلْقَتَانِ مُطْلَقَا

لَكِنَّ فِي الرَّجْعِيِّ الْأَمْرَ بِيَدِهْ ... دُونَ رِضَا وَلِيِّهَا وَسَيِّدِهْ

يَعْنِي أَنَّ الطَّلاَقَ بِيَدِ الْعَبْدِ لَا بِيَدِ سَيِّدِهِ، فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُطَلِّقَ زَوْجَةَ عَبْدِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ صَغِيرًا عَقَدَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ، فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَ عَلَيْهِ لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَأْخُذَ لَهُ شَيْئًا يُرْفَدُ بِهِ أَيْ يُعَانُ بِهِ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، فَقَوْلُهُ: «الْعَبِيدَ». مَنْصُوبٌ عَلَى إِسْقَاطِ الْخَافِضِ أَيْ عَلَى الْعَبِيدِ.

وَ«السَّيِّدُ» فَاعِلُ «يُطَلِّقُ»، وَ«الصَّغِيرَ» نَعْتٌ لِمَحْذُوفٍ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: «الْعَبِيدَ» أَيْ إِلَّا الْعَبْدَ الصَّغِيرَ، فَلِسَيِّدِهِ أَنْ يُطَلِّقَ عَلَيْهِ بِالْخُلْعِ.

وَقَوْلُهُ: «وَكَيْفَمَا شَاءَ الْكَبِيرُ طَلَّقَا...» الْبَيْتَ. يَعْنِي أَنَّ الْعَبْدَ الْكَبِيرَ يُطَلِّقُ كَيْفَمَا شَاءَ بِخُلْعٍ أَوْ بِغَيْرِهِ، وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ، إِلَّا أَنَّ مُنْتَهَى طَلاَقِهِ طَلْقَتَانِ سَوَاءٌ أَوْقَعَهُمَا مَعًا فِي حَالَةِ رِقِّهِ أَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً فِي رِقِّهِ ثُمَّ عَتَقَ، فَلاَ تَبْقَى لَهُ إِلَّا وَاحِدَةٌ.

وَأَمَّا إِنْ لَمْ يُطَلِّقْ حَتَّى عَتَقَ فَهُوَ كَالْحُرِّ بِالْأَصَالَةِ يُطَلِّقُ ثَلاَثًا، سَوَاءٌ كَانَتْ زَوْجَتُهُ حُرَّةً أَوْ أَمَةً لَيْسَ لَهُ إِلَّا طَلْقَتَانِ؛ لِأَنَّ الطَّلاَقَ مُعْتَبَرٌ بِالرِّجَالِ وَالْعِدَّةَ مُعْتَبَرَةٌ بِالنِّسَاءِ، وَسَوَاءٌ كَانَ رَقِيقًا كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ، وَعَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ الثَّلاَثَةِ نَبَّهَ بِالْإِطْلاَقِ.

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «لَكِنَّ فِي الرَّجْعِيِّ...» الْبَيْت. إِلَى أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا طَلَّقَ طَلاَقًا رَجْعِيًّا، فَإِنَّ أَمْرَ الرَّجْعَةِ بِيَدِهِ إِنْ شَاءَ رَاجَعَ أَوْ تَرَكَ، فَإِنْ رَاجَعَ فَلاَ يَحْتَاجُ لِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَلَا لِإِذْنِ وَلِيِّهَا؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ الَّتِي أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهَا مَا زَالَتْ بِيَدِهِ، وَلَيْسَتْ رَجْعَتُهَا ابْتِدَاءَ نِكَاحٍ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ وَوَلِيِّهَا.

قَالَ فِي الْمُنْتَخَبِ: وَظَاهِرُهُ لِابْنِ الْقَاسِمِ قُلْت لَهُ: أَيَجُوزُ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُطَلِّقَ عَلَى عَبْدِهِ امْرَأَتَهُ؟ قَالَ لَا؛ لِأَنَّ الطَّلاَقَ بِيَدِ الْعَبْدِ. قُلْت: فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ صَغِيرًا لَمْ يَبْلُغْ فَزَوَّجَهُ سَيِّدُهُ

---

(١) مختصر خليل ص ١٢٢.

ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَ عَلَيْهِ. فَقَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إِلَّا بِشَيْءٍ يَأْخُذُهُ لَهُ فَيَكُونُ خُلْعًا.

وَفِي النَّوَادِرِ: وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُبَارِئَ عَنْ عَبْدِهِ، وَقَدْ نَكَحَ بِإِذْنِهِ حَتَّى يَرْضَى الْعَبْدُ، قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: وَيُزَوِّجُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ وَلَا يُطَلِّقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَيْءٍ يَأْخُذُهُ لَهُ كَالْيَتِيمِ الصَّغِيرِ.

قَالَ ابْنُ الْحَارِثِ: وَاتَّفَقُوا فِي الْعَبْدِ أَنَّ طَلَاقَهُ طَلْقَتَانِ.

وَقَالَ فِي الْكَافِي: وَطَلَاقُ الْعَبْدِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ طَلَاقِ الْحُرِّ وَذَلِكَ طَلْقَتَانِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَبَعَّضُ، فَإِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلْقَةً فِي حِينِ رِقِّهِ، ثُمَّ عَتَقَ بَقِيَتْ لَهُ فِيهَا طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ فِي مُخْتَصَرِهِ: وَجَمِيعُ طَلَاقِ الْعَبْدِ طَلْقَتَانِ؛ لِأَنَّ اللهَ ﷻ قَدْ جَعَلَ حَدَّ الْأَرِقَّاءِ نِصْفَ حَدِّ الْأَحْرَارِ، وَالطَّلَاقُ وَالْعِدَّةُ مِنْ مَعَانِي الْحُدُودِ[1].

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: وَكَذَلِكَ يَرْتَجِعُ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا إِذْنِ سَيِّدِ زَوْجَتِهِ. اهـ.

وَالْحُكْمُ فِي الْعَبِيدِ كَالْأَحْرَارِ ... فِي غَايَةِ الزَّوْجَاتِ فِي الْمُخْتَارِ

يَعْنِي أَنَّ الْعَبِيدَ كَالْأَحْرَارِ فِي غَايَةِ الزَّوْجَاتِ، كَمَا أَنَّ غَايَتَهَا لِلْحُرِّ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، وَهَذَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ فِيهِ، كَذَلِكَ غَايَتُهَا لِلْعَبْدِ أَرْبَعُ زَوْجَاتٍ أَيْضًا عَلَى الْمَشْهُورِ الْمُخْتَارِ، وَمُقَابِلُهُ لَا يَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ إِلَّا اثْنَتَيْنِ.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت لَهُ الْعَبْدُ كَمْ يَتَزَوَّجُ؟ فَقَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْت فِيهِ أَنَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا. قُلْت لَهُ: إِنْ شَاءَ إِمَاءً وَإِنْ شَاءَ حَرَائِرَ؟ قَالَ: نَعَمْ ذَلِكَ لَهُ.

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَنْكِحَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ. وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْت، وَقَالَ رَبِيعَةُ: قَالَهُ عَنْهُ أَشْهَبُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ حُرَّتَانِ وَمَمْلُوكَتَانِ فَذَلِكَ جَائِزٌ إِنْ أَذِنَ لَهُ أَهْلُهُ. وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ فِي نِكَاحِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ: إِنَّا لَنَقُولُ ذَلِكَ وَمَا نَدْرِي مَا هُوَ.

ثُمَّ قَالَ الشَّارِحُ: وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ اقْتِصَارَهُ عَلَى اثْنَيْنِ.

وَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالزَّائِدُ عَلَى أَرْبَعٍ مُمْتَنِعٌ لِلْحُرِّ وَالْعَبْدِ. وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: الثَّالِثَةُ

---

(١) الرسالة للقيرواني ص ٩٨.

لِلْعَبْدِ كَالْخَامِسَةِ لِلْحُرِّ(١).

التَّوْضِيحَ: لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ السُّنَّةِ فِي تَحْرِيمِ مَا زَادَ عَلَى أَرْبَعٍ؛ لِحَدِيثِ غَيْلَانَ الثَّقَفِيِّ وَنَحْوِهِ خِلَافًا لِبَعْضِ الْمُبْتَدِعَةِ، وَوَجْهُ الْمَشْهُورِ فِي إِبَاحَةِ الْأَرْبَعِ لِلْعَبْدِ عُمُومُ قَوْلِه تَعَالَى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣] وَقَاسَ ابْنُ وَهْبٍ ذَلِكَ عَلَى طَلَاقِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَنْشَأُ الْخِلَافِ اخْتِلَافَ الْأُصُولِيِّينَ فِي دُخُولِ الْعَبِيدِ تَحْتَ الْخِطَابِ وَعَدَمِ دُخُولِهِمْ. اهـ.

وَمِنْ الذَّخِيرَةِ (تَمْهِيدٌ) لِلْعَبْدِ مَعَ الْحُرِّ أَرْبَعُ حَالَاتٍ التَّشْطِيرُ كَالْحُدُودِ، وَالْمُسَاوَاةُ كَالْعِبَادَاتِ، وَمُخْتَلَفٌ فِيهِ كَعَدَدِ الزَّوْجَاتِ، وَأَجَلِ الْإِيلَاءِ، وَالْعُنَّةِ، وَالْمَفْقُودِ، وَحَدِّ الْقَذْفِ، فَعَلَى النِّصْفِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ وَقِيلَ بِالْمُسَاوَاةِ، وَسَقَطَ عَنْهُ وَاجِبٌ عَلَى الْحُرِّ كَالزَّكَاةِ وَالْحَجِّ. اهـ. وَلَعَلَّهُ يَعْنِي بِالْعُنَّةِ الِاعْتِرَاضَ.

وَيَتْبَعُ الْأَوْلَادُ فِي اسْتِرْقَاقِ ... لِلأُمِّ لَا لِلأَبِ فِي الْإِطْلَاقِ

وَكُسْوَةٌ لِحُرَّةٍ وَالنَّفَقَهْ ... عَلَيْهِ وَالْخُلْفُ بِغَيْرِ الْمُعْتَقَهْ

وَلَيْسَ لَازِمًا لَهُ أَنْ يُنْفِقَا ... عَلَى بَنِيهِ أَعْبُدًا أَوْ عَتَقَا

يَعْنِي أَنَّ الْأَوْلَادَ يَتْبَعُونَ أُمَّهُمْ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، فَإِذَا كَانَتْ أُمُّهُمْ حُرَّةً فَهُمْ أَحْرَارٌ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُمْ مَمْلُوكَةً فَهُمْ أَرِقَّاءُ، سَوَاءٌ كَانُوا مِنْ نِكَاحٍ، أَوْ مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ قِنًّا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْإِطْلَاقِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

هَذَا إِنْ كَانَ الْإِطْلَاقُ رَاجِعًا لِقَوْلِهِ: «لِلأُمِّ». وَيُحْتَمَلُ وَهُوَ أَقْرَبُ أَنْ يَرْجِعَ لِقَوْلِهِ: «لَا لِلأَبِ». أَيْ لَا يَتْبَعُونَ أَبَاهُمْ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، وَعَلَى الِاحْتِمَالِ الْأَوَّلِ يُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الْإِطْلَاقُ إِذَا كَانُوا مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ وَأَبُوهُمْ حُرٌّ فَهُمْ أَحْرَارٌ، وَلَا يَتْبَعُونَ أُمَّهُمْ فِي الرِّقِّ، فَهِيَ وَإِنْ دَاخَلَتْهَا شَائِبَةُ الْحُرِّيَّةِ بِالْحَمْلِ مِنْ سَيِّدِهَا الْحُرِّ، لَكِنَّ الْقَاعِدَةَ أَنَّ كُلَّ مَنْ فِيهِ شَائِبَةُ رِقٍّ فَلَهُ حُكْمُ الرَّقِيقِ الْخَالِصِ.

فَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً فَأَوْلَادُهُ مَعَهَا تَابِعُونَ لَهَا فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، سَوَاءٌ كَانَ هُوَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَإِنْ كَانُوا مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ وَأَبُوهُمْ عَبْدٌ فَهُم أَرِقَّاءُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى أَمَةً

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٦٥.

وَأَوْلَادَهَا فَأَوْلَادُهَا أَرِقَّاءُ لِسَيِّدِهِ، وَإِنْ اشْتَرَى الْحُرُّ أَمَةً وَأَوْلَادُهَا مَعَهَا أَحْرَارٌ غَيْرُ تَابِعِينَ لِأُمِّهِمْ.

فَتَلَخَّصَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْأَوْلَادَ إِنْ كَانَتْ أُمُّهُمْ مَمْلُوكَةً لِأَبِيهِمْ فَهُمْ تَابِعُونَ لِأَبِيهِمْ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُمْ زَوْجَةً لِأَبِيهِمْ فَهُمْ تَابِعُونَ لِأُمِّهِمْ، وَعَلَى هَذَا الطَّرَفِ الْأَخِيرِ تَكَلَّمَ النَّاظِمُ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى-.

قَالَ ابْن حَارِثٍ فِي أُصُولِ الْفُتْيَا: قَالَ مُحَمَّدٌ أَصْلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي الصَّبِيِّ أَنَّ حُكْمَهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ حُكْمُ أَبِيهِ إِنْ كَانَ الْفِرَاشُ فِرَاشَ مِلْكِ الْيَمِينِ، وَإِنْ كَانَ فِرَاشَ نِكَاحٍ فَحُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ فِي رِقِّهَا وَحُرِّيَّتِهَا.

وَقَوْلُهُ: «وَكُسْوَةُ الْحُرَّةِ...» الْبَيْتَ. يَعْنِي أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا تَزَوَّجَ حُرَّةً، فَإِنَّ عَلَيْهِ نَفَقَتَهَا وَكُسْوَتَهَا كَالْحُرِّ، وَاخْتُلِفَ إِنْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ أَمَةً فَقِيلَ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ، وَقِيلَ: ذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهَا، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَالْخُلْفُ بِغَيْرِ الْمُعْتَقَةِ» وَالْبَاءُ ظَرْفِيَّةٌ.

قَالَ فِي الْمُتَيْطِيَّةِ: قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي الْعَبْدِ لَهُ زَوْجَةٌ حُرَّةٌ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ، قَالَ مَالِكٌ: وَيُقَالُ لَهُ أَنْفِقْ أَوْ طَلِّقْ.

قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى زَوْجَتِهِ الْحُرَّةِ.

وَفِيهَا أَيْضًا: قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ: وَيَخْتَلِفُ إِذَا كَانَا عَبْدَيْنِ، فَعَلَى الْقَوْلِ أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ عَلَى الْعَبْدِ لِلْحُرَّةِ لَا يَكُونُ لَهَا إِنْ كَانَتْ أَمَةً، وَعَلَى الْقَوْلِ إِنَّ عَلَيْهِ ذَلِكَ لِلْحُرَّةِ يَخْتَلِفُ إِنْ كَانَتْ أَمَةً، وَالْمُدَبَّرَةُ وَالْمُعْتَقَةُ إِلَى أَجَلٍ كَالْأَمَةِ.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ: يَظْهَرُ مِنْ كَلَامِ اللَّخْمِيِّ أَنَّ فِي وُجُوبِ النَّفَقَةِ لِلْحُرَّةِ الْخِلَافَ، وَهُوَ خِلَافُ مَا سَبَقَ لِابْنِ الْمَوَّازِ مِنْ أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، فَتَأَمَّلْهُ.

وَقَوْلُهُ: «وَلَيْسَ لَازِمًا لَهُ أَنْ يُنْفِقَا...» الْبَيْتَ. يَعْنِي أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَوْلَادِهِ عَبِيدًا كَانُوا أَوْ أَحْرَارًا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَلَيْسَ لَازِمًا لَهُ...» إلخ. «عُتَقَا» بِضَمِّ الْعَيْنِ وَفَتْحِ التَّاءِ جَمْعُ عَتِيقٍ، وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ إِنْ كَانُوا أَحْرَارًا لِكَوْنِ أُمِّهِمْ حُرَّةً، فَتَكُونُ نَفَقَتُهُمْ مِنْ مَالِهِمْ إِنْ كَانَ لَهُمْ مَالٌ وَإِلَّا فَعَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ كَانُوا مَمَالِيكَ لِسَيِّدِ أُمِّهِمْ فَنَفَقَتُهُمْ عَلَى سَيِّدِهِمْ، وَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ إِتْلَافُ مَالِ سَيِّدِهِ، وَعَلَى هَذَا فَصَوَابُ التَّعْبِيرِ لَا يَجُوزُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَازِمًا لَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ كَانَ أَوْلَادُ الْعَبْدِ مِنْ أَمَتِهِ جَازَ لَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لِسَيِّدِهِ وَأَوْلَادُهُ مَمْلُوكُونَ لَهُ أَيْضًا، فَلَمْ يَتَبَرَّعْ بِمَالِ سَيِّدِهِ، بَلْ أَنْفَقَهُ فِيمَا يَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ فِي أَوْلَادِهِ الْأَحْرَارِ وَلَا الْمَمَالِيكِ نَفَقَةٌ وَلَا إِرْضَاعٌ إِلَّا أَنْ يَكُونُوا لِسَيِّدِهِ. اهـ.

فصل في الرجعة

وَكَابْتِدَاءِ مَا سِوَى الرَّجْعِيِّ فِي الْإِذْنِ وَالصَّدَاقِ وَالْوَلِيِّ
وَلَا رُجُوعَ لِمَرِيضَةٍ وَلَا بِالْحَمْلِ سِتَّةَ الشُّهُورِ وَصَلَا

يَعْنِي أَنَّ الرَّجْعَةَ مِنْ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ كَابْتِدَاءِ النِّكَاحِ فِي اشْتِرَاطِ الْإِذْنِ مِنْ الزَّوْجَةِ -إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبَرَةً-، وَالصَّدَاقِ وَالْوَلِيِّ وَالْإِشْهَادِ عِنْدَ الدُّخُولِ، وَإِذَا اُشْتُرِطَ ذَلِكَ فَلاَ رُجُوعَ لِلْمَرِيضَةِ مَرَضًا مَخُوفًا، وَلَا لِحَامِلٍ بَلَغَتْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ؛ لِأَنَّهَا مَرِيضَةٌ، فَلَوْ أَدْخَلَ الْفَاءَ عَلَى «رُجُوعِ» لِيُعْلَمَ كَوْنُهُ نَتِيجَةً عَمَّا قَبْلَهُ لَكَانَ أَبْيَنَ.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ الرَّفِيعِ فِي مُعِينِ الْحُكَّامِ: وَإِذَا رَاجَعَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ الْمُخَالِعَةَ أَوْ الْمُبَارِئَةَ فَلاَ بُدَّ مِنْ رِضَاهَا وَوَلِيٍّ وَصَدَاقٍ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَرِيضَةً أَوْ حَامِلاً مُثْقَلاً قَدْ بَلَغَتْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَلاَ يَجُوزُ ذَلِكَ. اهـ.

وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ: «مَا سِوَى الرَّجْعِيِّ» أَنَّ الرَّجْعَةَ مِنْ الرَّجْعِيِّ لَيْسَتْ كَابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، فَلاَ يُشْتَرَطُ إِلَّا كَوْنُ الزَّوْجِ عَاقِلاً بَالِغًا، وَيَرْتَجِعُ وَلَوْ كَانَ مُحْرِمًا أَوْ عَبْدًا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ مَا زَالَتْ فِي عِصْمَتِهِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَشَرْطُ الْمُرْتَجِعِ -أَيْ: مِنْ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ- أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ، وَلَا يَمْنَعُ مَرَضٌ وَلَا إِحْرَامٌ، وَيَرْتَجِعُ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ[1].

التَّوْضِيحَ: يَعْنِي أَنَّ الْمُرْتَجِعَ يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ أَهْلاً لِلنِّكَاحِ، فَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ عَاقِلاً بَالِغًا. وَقَوْلُهُ: وَلَا يَمْنَعُ مَرَضٌ. أَيْ: لَا يَمْنَعُ مِنْ الرَّجْعَةِ مَا يَمْنَعُ مِنْ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمُتَزَوِّجَ وَالْمُرْتَجِعَ يَسْتَوِيَانِ فِي الشُّرُوطِ دُونَ انْتِفَاءِ الْمَوَانِعِ، وَلَمْ يَمْنَعْ الْمَرَضُ؛ لِأَنَّ الْمُطَلَّقَةَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا تَرِثُ، فَلَمْ يَكُنْ فِي ارْتِجَاعِهَا إِدْخَالُ وَارِثٍ، بِخِلَافِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ. وَقَوْلُهُ: وَلَا إِحْرَامَ، يُرِيدُ سَوَاءٌ كَانَتْ هِيَ مُحْرِمَةً أَوْ هُوَ. اهـ.

وَقَوْلُهُ: وَيَرْتَجِعُ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ. لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُ فِي النِّكَاحِ فَقَدْ أَذِنَ لَهُ فِي تَوَابِعِهِ، وَلِأَنَّ الرَّجِيعَةَ زَوْجَتُهُ. اهـ.

وَزَوْجَةُ الْعَبْدِ إِذَا مَا عَتَقَتْ وَاخْتَارَتْ الْفِرَاقَ مِنْهُ طَلُقَتْ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٠٤.

بِـــمَا تَـــشَاؤُهُ وَمَهْـــمَا عَتَقَـــا فَـــمَا لَـــهُ مِـــنْ ارْتِجَـــاعٍ مُطْلَقَـــا

يَعْنِي: إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُتَزَوِّجًا بِأَمَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَ الْأَمَةَ سَيِّدُهَا عِتْقًا نَاجِزًا؛ فَإِنَّ لَهَا الْخِيَارَ فِي الْإِقَامَةِ مَعَ زَوْجِهَا أَوْ مُفَارَقَتِهِ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حَتَّى تَخْتَارَ، فَإِنْ اخْتَارَتْ الْبَقَاءَ فَلاَ إِشْكَالَ، وَإِنْ اخْتَارَتْ الطَّلاَقَ وَقَالَتْ: اخْتَرْتُ نَفْسِي فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، إِلَّا أَنْ تَنْوِيَ أَكْثَرَ، فَيَلْزَمُ مَا نَوَتْ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «بِمَّا تَشَاؤُهُ». فَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا وَطَلُقَتْ ثُمَّ عَتَقَ الْعَبْدُ فَلاَ رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا، سَوَاءٌ عَتَقَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «مُطْلَقَا».

قَالَ فِي التَّهْذِيبِ: وَإِذَا عَتَقَتْ الْأَمَةُ تَحْتَ عَبْدٍ؛ حِيلَ بَيْنَهُمَا حَتَّى تَخْتَارَ، وَلَهَا الْخِيَارُ بِطَلْقَةٍ وَتَكُونُ بَائِنَةً، وَلَا رَجْعَةَ لَهُ إِنْ عَتَقَ فِي الْعِدَّةِ، إِنْ قَالَتْ حِينَ عَتَقَتْ: اخْتَرْتُ نَفْسِي. وَلَا نِيَّةَ لَهَا فَهِيَ طَلْقَةٌ بَائِنَةٌ، إِلَّا أَنْ تَنْوِيَ أَكْثَرَ فَيَلْزَمُ مَا نَوَتْ، وَلَوْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ أَوْ أَلْبَتَّةَ بَعْدَ الْبِنَاءِ لَزِمَ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ إِنْ طَلُقَتْ اثْنَتَيْنِ فَأَكْثَرَ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ؛ لِأَنَّهُ جَمِيعُ طَلاَقِ الْعَبْدِ، وَكَذَلِكَ إِنْ بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَهُ فِيهَا طَلْقَةٌ، وَأَوَّلُ قَوْلِ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْتَارَ بِنَفْسِهَا بِأَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى أَنَّ ذَلِكَ لَهَا عَلَى حَدِيثِ بَرِيرَةَ، وَلَهَا الْخِيَارُ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ. اهـ.

(فَرْعٌ) فَلَوْ عَتَقَ زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَخْتَارَ؛ سَقَطَ خِيَارُهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا طَلاَقًا بَائِنًا قَبْلَ أَنْ تَخْتَارَ سَقَطَ خِيَارُهَا لِاسْتِحَالَةِ وُقُوعِ الطَّلاَقِ مِنْهَا، وَهِيَ بَائِنَةٌ بِخِلاَفِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنَّهَا زَوْجَةٌ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ فُرُوعٌ اُنْظُرْ التَّوْضِيحَ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

فصل في الفسخ

وَفَسْخُ فَاسِدٍ بِلاَ وِفَاقِ ... بِطَلْقَةٍ تُعَدُّ فِي الطَّلاَقِ
وَمَنْ يَمُتْ قَبْلَ وُقُوعِ الْفَسْخِ ... فِي ذَا فَمَا لِإِرْثِهِ مِنْ نَسْخِ
وَفَسْخُ مَا الْفَاسِدُ فِيهِ مُجْمَعُ ... عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ طَلاَقٍ يَقَعُ
وَتَلْزَمُ الْعِدَّةُ بِاتِّفَاقِ ... لِمُبْتَنَى بِهَا عَلَى الْإِطْلاَقِ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ الْأَرْبَعَةُ عَلَى أَرْبَعِ مَسَائِلَ:

الْأُولَى: أَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ فِي صِحَّتِهِ وَفَسَادِهِ إِذَا أُرِيدَ فَسْخُهُ، فَإِنَّمَا يُفْسَخُ بِطَلاَقٍ مُرَاعَاةً لِمَنْ يَقُولُ بِصِحَّتِهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي هَذَا النِّكَاحِ الْمُخْتَلَفِ فِي صِحَّتِهِ وَفَسَادِهِ قَبْلَ وُقُوعِ الْفَسْخِ؛ فَإِنَّهُمَا يَتَوَارَثَانِ كَالصَّحِيحِ، مَا لَمْ يَكُنْ الْفَسْخُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ فِي الْإِرْثِ؛ فَلاَ إِرْثَ كَنِكَاحِ الْمَرِيضِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

وَالثَّالِثَةُ: إِذَا كَانَ فَسَادُ النِّكَاحِ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يُفْسَخُ بِغَيْرِ طَلاَقٍ، وَهُوَ مَفْهُومُ الْأُولَى، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الثَّالِثِ.

الرَّابِعَةُ: إِذَا فُسِخَ النِّكَاحُ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَتَجِبُ فِيهِ الْعِدَّةُ بِاتِّفَاقٍ فِي الْمُتَّفَقِ عَلَى فَسَادِهِ وَالْمُخْتَلَفِ فِيهِ لِقَوْلِهِ عَلَى الْإِطْلاَقِ، أَمَّا الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ وَهُمَا فَسْخُ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ بِطَلاَقٍ وَثُبُوتِ الْإِرْثِ فِيهِ، فَقَالَ ابْنُ الْحَارِثِ فِي أُصُولِ الْفُتْيَا: كُلُّ نِكَاحٍ كَانَ فِيهِ اخْتِلاَفٌ وَدَخَلَتْ فِي تَحْرِيمِهِ الشُّبْهَةُ، فَالْوَلَدُ فِيهِ يَلْحَقُ وَفَسْخُهُ بِطَلاَقٍ، وَمَنْ مَاتَ مِنْ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الْفَسْخِ وَرِثَهُ الْبَاقِي. اهـ.

وَحَكَى ابْنُ الْحَاجِبِ فِي تَمْيِيزِ مَا يُفْسَخُ بِطَلاَقٍ مِمَّا يُفْسَخُ بِغَيْرِ طَلاَقٍ قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: قَالَ أَكْثَرُ الرُّوَاةِ: إِنَّ كُلَّ نِكَاحٍ كَانَ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلزَّوْجَةِ أَوْ لِلْوَلِيِّ إِمْضَاؤُهُ وَفَسْخُهُ فَفَسْخُهُ بِطَلْقَةٍ بَائِنَةٍ، وَمَا كَانُوا مَغْلُوبِينَ عَلَى فَسْخِهِ فَفَسْخُهُ بِغَيْرِ طَلاَقٍ[1].

فَالْأَوَّلُ كَنِكَاحِ الْأَجْنَبِيِّ يَرُدُّهُ الْوَلِيُّ، فَالْخِيَارُ فِيهِ لِلْوَلِيِّ، وَإِذَا كَانَ بِالزَّوْجَةِ عَيْبٌ فَالْخِيَارُ لِلزَّوْجِ، أَوْ بِهِ عَيْبٌ فَالْخِيَارُ لِلزَّوْجَةِ، ثُمَّ مَثَّلَ لِلثَّانِي وَهُوَ مَا كَانُوا مَغْلُوبِينَ عَلَى

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٢ - ٢٨٣.

فَسْخِهِ بِوَلَايَةِ المَرْأَةِ وَالْعَبْدِ وَنِكَاحِ الشِّغَارِ وَالمَرِيضِ وَالمُحْرِمِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، وَكَالصَّدَاقِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَكَالمُجْمَعِ عَلَى فَسْخِهِ.

الْقَوْلُ الثَّانِي قَالَ: رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ وَرَجَعَ إِلَيْهِ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ مَا اُخْتُلِفَ فِي إِجَازَتِهِ وَفَسْخِهِ فَفَسْخُهُ بِطَلَاقٍ كَوَلَايَةِ المَرْأَةِ وَالْعَبْدِ وَنِكَاحِ الشِّغَارِ وَنِكَاحِ المَرِيضِ وَالمُحْرِمِ وَكَالصَّدَاقِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَمَا اُتُّفِقَ عَلَى فَسْخِهِ فَفَسْخُهُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ كَالْخَامِسَةِ وَأُخْتِ المَرْأَةِ أَوْ عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا[١].

قَالَ: وَمَا فُسِخَ بِطَلَاقٍ يَقَعُ بِهِ التَّحْرِيمُ أَيْ: تَحْرِيمُ المُصَاهَرَةِ مِنْ كَوْنِهَا تَحْرُمُ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ، وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا، وَيَقَعُ فِيهِ الطَّلَاقُ إِذَا أَوْقَعَهُ الزَّوْجُ قَبْلَ الْفِرَاقِ، وَتَقَعُ بِهِ المُوَارَثَةُ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْفَسْخِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْفَسْخُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ كَنِكَاحِ المَرِيضِ، فَلَا إِرْثَ فِيهِ لِأَنَّا لِأَجْلِ الْإِرْثِ فَسَخْنَاهُ، وَأَمَّا مَا يُفْسَخُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَلَا يَقَعُ فِيهِ طَلَاقٌ إِذَا أَوْقَعَهُ الزَّوْجُ قَبْلَ الْفِرَاقِ، وَلَا تَقَعُ فِيهِ مُوَارَثَةٌ. اهـ. بِالمَعْنَى، وَزِيَادَةُ بَعْضِ الْكَلِمَاتِ لِلْبَيَانِ.

وَقَدْ اشْتَمَلَ كَلَامُ ابْنِ الْحَاجِبِ هَذَا عَلَى المَسَائِلِ الثَّلَاثَةِ الْأُوَلِ، فَالْأُولَى: هِيَ قَوْلُهُ فِي الْقَوْلِ الثَّانِي: إِنَّ مَا اُخْتُلِفَ فِي إِجَازَةِ فَسْخِهِ فَفَسْخُهُ بِطَلَاقٍ. وَالثَّانِيَةُ: هِيَ قَوْلُهُ فِيهِ أَيْضًا: مَا فُسِخَ بِطَلَاقٍ تَقَعُ بِهِ المُوَارَثَةُ. وَالثَّالِثَةُ: هِيَ قَوْلُهُ فِيهِ أَيْضًا: وَمَا لَمْ يُخْتَلَفْ فِي فَسْخِهِ فَفَسْخُهُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ. وَهُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومِ الْأُولَى، وَإِنَّمَا جَلَبْنَا كَلَامَ ابْنِ الْحَاجِبِ بِجُمْلَتِهِ لِمَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ مِنْ الْفَوَائِدِ وَالمُثُلِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: مَا حَاصِلُهُ وَقَدْ تَبَيَّنَ لَك مِنْ كَلَامِ المُصَنِّفِ أَنَّ كُلَّ مَا يُفْسَخُ بِطَلَاقٍ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَهُوَ مَا لِأَحَدِ الثَّلَاثَةِ فَسْخُهُ وَإِجَازَتُهُ، فَإِنَّهُ يُفْسَخُ بِذَلِكَ، أَيْ: بِطَلَاقٍ، وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي إِنَّ مَا اُخْتُلِفَ فِيهِ يُفْسَخُ بِطَلَاقٍ؛ لِأَنَّ مَا لِأَحَدِ الثَّلَاثَةِ فَسْخُهُ مِنْ المُخْتَلَفِ فِيهِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَا يُفْسَخُ بِطَلَاقٍ عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي، وَهُوَ المُخْتَلَفُ فِيهِ يُفْسَخُ بِهِ عَلَى الْأَوَّلِ، فَيَكُونُ لِأَحَدِ الثَّلَاثَةِ فَسْخُهُ، فَإِنَّ نِكَاحَ الشِّغَارِ وَنِكَاحَ المُحْرِمِ مَثَلًا يُفْسَخُ بِطَلَاقٍ، لِكَوْنِهِ مُخْتَلَفًا فِيهِ، وَلَيْسَ لِلثَّلَاثَةِ فِيهِ خِيَارٌ، فَكُلُّ مَا لِأَحَدِ الثَّلَاثَةِ فَسْخُهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَلَيْسَ كُلُّ مُخْتَلَفٍ فِيهِ لِأَحَدِ الثَّلَاثَةِ فَسْخُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٢٨٣.

وَأَمَّا المَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: وَهِيَ النِّكَاحُ الْفَاسِدُ إِذَا فُسِخَ بَعْدَ الْبِنَاءِ، فَقَالَ: تَجِبُ فِيهِ الْعِدَّةُ لَا الاِسْتِبْرَاءُ مُتَّفَقًا عَلَى فَسَادِهِ أَوْ مُخْتَلَفًا فِيهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: وَتَلْزَمُ الْعِدَّةُ بِاتِّفَاقِ لِمُبْتَنًى بِهَا عَلَى الإِطْلَاقِ.

قَالَ فِي المُقَرَّبِ: قُلْت لَهُ: أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا وَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا، ثُمَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَتَصَادَقَا عَلَى تَرْكِ المَسِيسِ، أَعَلَيْهَا عِدَّةٌ؟ قَالَ: نَعَمْ، كَالْعِدَّةِ مِنْ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وَلَا تُصْدَقُ عَلَى الْعِدَّةِ، أَلَّا تَرَى أَنَّهَا لَوْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لَثَبَتَ نَسَبُهُ، إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِلِعَانٍ، وَلَا صَدَاقَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَدَّعِهِ. انْتَهَى.

فَقَوْلُهُ: لَا تُصْدَقُ عَلَى الْعِدَّةِ. أَيْ: لَا تُصْدَقُ فِي عَدَمِ المَسِيسِ فَتَسْقُطُ عَنْهَا الْعِدَّةُ، بَلْ الْعِدَّةُ لَازِمَةٌ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ للهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا تُؤَاخَذُ بِهِ فِي أَنَّهَا لَا صَدَاقَ لَهَا لِإِقْرَارِهَا أَنَّهَا لَمْ تُمَسَّ، فَلاَ تَسْتَحِقُّ صَدَاقًا، وَإِطْلَاقُ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللهُ الْقَوْلَ بِلُزُومِ الْعِدَّةِ لِلْمُبْتَنَى بِهَا يُظْهِرُ أَنَّهُ مُوَافِقٌ فِي ذَلِكَ لِمَا تَقَدَّمَ عَنْ المُقَرَّبِ، وَيَظْهَرُ مِنْ قَوْلِهِ عَلَى الإِطْلَاقِ أَنَّهُ سَوَاءٌ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا أَوْ مُخْتَلَفًا فِيهِ أَوْ مُجْمَعًا عَلَيْهِ.

فَأَمَّا المُخْتَلَفُ فِيهِ فَلاَ إِشْكَالَ فِي ذَلِكَ، وَنَصُّ المُقَرَّبِ المُتَقَدِّمِ يَشْهَدُ لَهُ.

وَأَمَّا المُجْمَعُ عَلَيْهِ فَيَظْهَرُ مِنْ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنْ الْفُقَهَاءِ عَدَمُ لُزُومِ الْعِدَّةِ فِيهِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ فِيهِ الاِسْتِبْرَاءُ، وَيَظْهَرُ مِنْ المُقَرَّبِ أَنَّهُ تَجِبُ فِيهِ الْعِدَّةُ؛ لِقَوْلِهِ: وَإِنْ عُلِمَ بِذَلِكَ. أَيْ: بِفَسَادِ النِّكَاحِ كَأُخْتِهِ مِنْ الرَّضَاعِ، قَبْلَ مَوْتِ زَوْجِهَا وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا؛ فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَسَبِيلُهَا فِيهَا سَبِيلُ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ. وَجَمِيعُ ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ اهـ.

فَصَحَّ إِطْلَاقُ النَّاظِمِ وُجُوبَ الْعِدَّةِ فِي الْفَاسِدِ بِقِسْمَيْهِ، وَعَلَى مَا يَظْهَرُ مِنْ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنْ الْفُقَهَاءِ يَكُونُ إِطْلَاقُ الْعِدَّةِ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ المُتَّفَقِ عَلَى فَسَادِهِ مَجَازًا، يُرَادُ بِهِ الاِسْتِبْرَاءُ.

وَفِي الرَّصَّاعِ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ عَرَفَةَ: الْعِدَّةُ مُدَّةُ مَنْعِ النِّكَاحِ لِفَسْخِهِ، أَوْ مَوْتِ الزَّوْجِ أَوْ طَلَاقِهِ[1]. مَا نَصُّهُ: فَإِنْ قُلْت: أَطْلَقَ الشَّيْخُ فِي قَوْلِهِ: لِفَسْخِهِ. فَظَاهِرُهُ: أَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ إِذَا فُسِخَ تَجِبُ فِيهِ الْعِدَّةُ، وَلَوْ كَانَ مُجْمَعًا عَلَى فَسَادِهِ، قُلْتُ: كَذَلِكَ وَقَعَ فِي إِطْلَاقِ ابْنِ الْحَاجِبِ وَقَالَ شَارِحُهُ: هُوَ مَذْهَبُ المُدَوَّنَةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا: وَمَا فُسِخَ مِنْ

(١) مواهب الجليل ٥/ ٤٧٠.

نِكَاح فَاسِدٍ أَوْ ذَاتِ مَحْرَمٍ فَالْعِدَّةُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ كَالْعِدَّةِ فِي الصَّحِيحِ. وَنَقَلَ الشَّيْخُ عَنْ اللَّخْمِيِّ أَنَّهُ إنْ كَانَ مُجْمَعًا عَلَى فَسَادِهِ فَثَلاَثُ حِيَضٍ، وَقِيلَ: حَيْضَةٌ، وَإِنْ كَانَ مُخْتَلَفًا فِيهِ فَثَلاَثٌ، وَعِنْدِي أَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ المُجْمَعِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِنِكَاحٍ، وَالرَّسْمُ يَدُلُّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ فَفُسِخَ -وَاللهُ أَعْلَمُ-. اهـ. كَلاَمُ الرَّصَّاعِ[1].

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ٤٤٧/١.

باب النفقة وما يتعلق بها

ابْنُ عَرَفَةَ: النَّفَقَةُ مَا بِهِ قِوَامُ مُعْتَادِ حَالِ آدَمِيٍّ دُونَ سَرَفٍ[١].

الرَّصَّاعُ: قَوْلُهُ: مَا بِهِ قِوَامُ مُعْتَادِ حَالِ آدَمِيٍّ. أَخْرَجَ بِهِ مَا بِهِ قِوَامُ مُعْتَادِ غَيْرِ آدَمِيٍّ، وَمَا لَيْسَ مُعْتَادًا فِي حَالِ الْآدَمِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَفَقَةٍ شَرْعًا. وَأَخْرَجَ بِقَوْلِهِ: دُونَ سَرَفٍ، السَّرَفَ، فَلَيْسَ بِنَفَقَةٍ شَرْعًا... إِلَخْ. وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِهِ، وَالْمُرَادُ هُنَا بِالنَّفَقَةِ: النَّفَقَةُ الَّتِي يُحْكَمُ بِهَا[٢].

وَفِي دُخُولِ الْكُسْوَةِ فِي النَّفَقَةِ خِلَافٌ مَشْهُورٌ، ذَكَرَهُ ابْنُ سَهْلٍ وَغَيْرُهُ، وَعَلَيْهِ مَنِ الْتَزَمَ نَفَقَةَ رَجُلٍ، هَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ كُسْوَتُهُ -وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ زَرْبٍ-، أَوْ لَا تَجِبُ؟ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ سَهْلٍ وَابْنِ رُشْدٍ وَغَيْرِهِمْ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: لِأَنَّ النَّفَقَةَ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَلْفَاظِ الْعُمُومِ فَقَدْ تُعُرِّفَتْ عِنْدَ أَكْثَرِ النَّاسِ بِالطَّعَامِ دُونَ الْكُسْوَةِ.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مَا حَاصِلُهُ: إِنَّ النَّفَقَةَ مَوْضُوعَةٌ لِلطَّعَامِ وَالْكُسْوَةِ، ثُمَّ تَخَصَّصَتْ عِنْدَنَا عُرْفًا بِالطَّعَامِ فَقَطْ. اهـ[٣].

وَقَوْلُهُ: وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا. الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالنَّفَقَةِ مَا يَجِبُ مِنْهَا لِلْمُطَلَّقَاتِ، وَمَا يَلْحَقُ بِهَا مِنْ كُسْوَةٍ وَإِسْكَانٍ وَحُكْمِ الْمُعْسِرِ بِهَا.

وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ لِلزَّوْجَاتِ ... فِي كُلِّ حَالَةٍ مِنَ الْحَالَاتِ

وَالْفَقْرُ شَرْطُ الْأَبَوَيْنِ وَالْوَلَدْ ... عَدَمُ مَالٍ وَاتِّصَالٌ لِلأَمَدْ

فَفِي الذُّكُورِ لِلْبُلُوغِ يَتَّصِلْ ... وَفِي الْإِنَاثِ بِالدُّخُولِ يَنْفَصِلْ

وَالْحُكْمُ فِي الْكُسْوَةِ حُكْمُ النَّفَقَهْ ... وَمُؤَنُ الْعَبْدِ تَكُونُ مُطْلَقَهْ

ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ أَسْبَابَ وُجُوبِ النَّفَقَةِ وَشُرُوطَهَا وَأَسْبَابَهَا، كَمَا قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: ثَلَاثَةٌ: النِّكَاحُ، وَالْقَرَابَةُ، وَالْمِلْكُ، فَتَجِبُ فِي النِّكَاحِ بِالدُّخُولِ، أَوْ بِالدُّعَاءِ إِلَى

---

(١) الفواكه الدواني ٣/ ٩٨٧، ومنح الجليل ٤/ ٣٨٥.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٤٧٤.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٤٧٥.

الدُّخُولِ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا مَرَضَ السِّيَاقِ وَالزَّوْجُ بَالِغٌ وَالزَّوْجَةُ مُطِيقَةٌ لِلْوَطْءِ، كَذَا فِي ابْنِ الْحَاجِبِ.

وَجَعَلَ فِي التَّوْضِيحِ السَّلَامَةَ مِنْ الْمَرَضِ، وَالْبُلُوغَ فِي الزَّوْجِ، وَإِطَاقَةَ الْوَطْءِ فِي الزَّوْجَةِ، شُرُوطًا فِي الدُّعَاءِ لِلدُّخُولِ، فَإِذَا دُعِيَ إِلَيْهِ وَقَدْ اخْتَلَّ أَحَدُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَلَا تَجِبُ، أَمَّا إِنْ دَخَلَ فَتَجِبُ النَّفَقَةُ بِغَيْرِ شَرْطٍ.

وَجعَلَهَا اللَّقَانِيِّ شَرْطًا فِي الدُّخُولِ وَفِي الدُّعَاءِ إِلَيْهِ، فَلَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ وَلَوْ دَخَلَ بِهَا إِلَّا إِذَا بَلَغَ الزَّوْجُ، وَأَطَاقَتْ الزَّوْجَةُ الْوَطْءَ، وَلَمْ يُعَضِّدْهُ بِنَقْلٍ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ شَرْطٌ فِي الدُّعَاءِ فَقَطْ كَمَا فِي التَّوْضِيحِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَتُعْتَبَرُ بِحَالِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ وَالْبَلَدِ وَالسِّعْرِ[1].

وَتَجِبُ نَفَقَتُهَا كَانَتْ غَنِيَّةً أَوْ فَقِيرَةً حُرَّةً أَوْ أَمَةً، كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: فِي كُلِّ حَالَةٍ مِنْ الْحَالَاتِ.

ابْنُ سَلْمُونٍ: وَعَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ الْحُرَّةِ، وَكِسْوَتُهَا طُولَ بَقَائِهَا فِي عِصْمَتِهِ مِنْ كَسْبِهِ، وَلَا يَمْنَعُهُ سَيِّدُهُ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ أَمَةً فَنَفَقَتُهَا كَذَلِكَ عَلَى زَوْجِهَا، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، بَوَّأَهَا مَعَهُ السَّيِّدُ بَيْتًا أَمْ لَا.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الزَّوْجِ بِحَالٍ وَهِيَ عَلَى السَّيِّدِ، وَقِيلَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يُبَوِّئَهَا سَيِّدُهَا مَعَ زَوْجِهَا بَيْتًا فَتَلْزَمُ الزَّوْجَ أَوْ لَا يُبَوِّئُهَا فَتَسْقُطُ عَنْ الزَّوْجِ، اُنْظُرْ تَمَامَ كَلَامِهِ.

وَأَمَّا نَفَقَةُ الْقَرَابَةِ فَعَلَى الْأَوْلَادِ الصِّغَارِ الَّذِينَ لَا مَالَ لَهُمْ عَلَى الذُّكُورِ حَتَّى يَحْتَلِمُوا، وَلَا زَمَانَةَ بِهِمْ، وَعَلَى الْإِنَاثِ حَتَّى يُنْكَحْنَ وَيَدْخُلَ بِهِنَّ أَزْوَاجُهُنَّ، وَعَلَى الْأَبَوَيْنِ الْفَقِيرَيْنِ بِشَرْطِ الْحُرِّيَّةِ فِي الْمُنْفِقِ وَالْمُنْفَقِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الْمَمْلُوكُ فَنَفَقَتُهُ عَلَى مَالِكِهِ، وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ وَلَا نَفَقَةُ أَبَوَيْهِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ إِتْلَافُ مَالِ سَيِّدِهِ، وَلَا يَطْلُبُهُ أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ.

وَعَلَى اسْتِمْرَارِ نَفَقَةِ الْأَوْلَادِ إِلَى الْأَمَدِ الْمَذْكُورِ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَاتِّصَالٌ لِلأَمَدِ». ثُمَّ فَسَّرَ ذَلِكَ الْأَمَدَ بِقَوْلِهِ: «فَفِي الذُّكُورِ لِلْبُلُوغِ يَتَّصِلْ وَفِي الْإِنَاثِ بِالدُّخُولِ يَنْفَصِلْ».

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣١.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَتَجِبُ عَلَى الْأَبِ الْحُرِّ نَفَقَةُ وَلَدِهِ الْفَقِيرِ عَلَى قَدْرِ حَالِهِ لَهُ، وَنَفَقَةُ الذَّكَرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، عَاقِلاً غَيْرَ زَمِنٍ بِمَا يَمْنَعُ التَّكَسُّبَ، وَقِيلَ: حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَالْبِنْتُ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا الزَّوْجُ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَبَقِيَتْ كَافِرَةً، وَلَوْ عَادَتْ بَالِغَةً أَوْ عَادَتْ الزَّمَانَةُ لِلذَّكَرِ لَمْ تَعُدْ، ثُمَّ لَهُمَا أَنْ يَذْهَبَا حَيْثُ شَاءَا إِلَّا أَنْ يُخَافَ سَفَهٌ؛ فَيَمْنَعُهُمَا الْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ[1].

التَّوْضِيحُ: وَاحْتُرِزَ بِوَصْفِ الْأَبِ بِالْحُرِّيَّةِ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْأَبُ عَبْدًا أَوْ فِيهِ شَائِبَةٌ مِنْ شَوَائِبِ الْحُرِّيَّةِ، فَلاَ نَفَقَةَ لِوَالِدِهِ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ لَا نَفَقَةَ لِلْوَلَدِ الرَّقِيقِ عَلَى أَبِيهِ، وَشَرَطَ فِي نَفَقَةِ الْوَلَدِ أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا، وَأَمَّا إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: أَوْ يَكُونُ اكْتَسَبَ مَا يَسْتَغْنِي بِهِ فَلاَ تَجِبُ نَفَقَتُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لِلْبِنْتِ مَا تَسْتَغْنِي بِهِ فَلاَ تَجِبُ نَفَقَتُهَا، فَإِنْ كَانَتْ الصَّنْعَةُ لَا تَكْفِي أُعْطِيت تَمَامَ الْكِفَايَةِ[2].

اللَّخْمِيُّ: وَإِذَا كَسَدَتْ الصَّنْعَةُ عَادَتْ النَّفَقَةُ عَلَى الْأَبِ، وَاشْتَرَطَ هُنَا الْفَقْرَ وَلَمْ يَشْتَرِطْهُ فِي الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْوَلَدِ مُوَاسَاةٌ بِخِلاَفِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ فَإِنَّهَا مُعَاوَضَةٌ.

وَقَوْلُهُ: «وَلَوْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْبُلُوغِ». أَيْ: وَلَوْ أَسْلَمَ الْأَبُ بَعْدَ بُلُوغِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ وَبَقِيَتْ هِيَ كَافِرَةً فَلاَ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا، وَذَكَرَهَا لِئَلاَّ يُتَوَهَّمَ خُرُوجُهَا لِاخْتِلاَفِ الدِّينَيْنِ، وَكَذَلِكَ نَصَّ اللَّخْمِيُّ عَلَى الْوُجُوبِ فِي عَكْسِ هَذِهِ الصُّورَةِ، أَعْنِي: إِذَا أَسْلَمَتْ بَعْدَ بُلُوغِهَا وَبَقِيَ هُوَ كَافِرًا، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ.

وَقَوْلُهُ: «وَلَوْ عَادَتْ بَالِغَةً...» إِلَخْ. يَعْنِي فَلَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ ثُمَّ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَعَادَتْ إِلَى أَبِيهَا بَعْدَ الْبِنَاءِ بَالِغَةً لَمْ تَعُدْ نَفَقَتُهَا عَلَى الْأَبِ.

مَالِك: فَإِنْ طَلُقَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَهِيَ عَلَى نَفَقَتِهَا[3].

وَمَفْهُومُ كَلاَمِ الْمُصَنِّفِ أَنَّهَا لَوْ عَادَتْ غَيْرَ بَالِغَةٍ لَوَجَبَ عَلَى الْأَبِ الْإِنْفَاقُ، وَهُوَ قَوْلُ سَحْنُونٍ قَالَ: تَعُودُ نَفَقَتُهَا وَلَا يُسْقِطُهَا بُلُوغُهَا بَلْ حَتَّى تَتَزَوَّجَ زَوْجًا آخَرَ. وَقَالَ غَيْرُهُ: لَا تَعُودُ أَصْلاً. وَقِيلَ: تَعُودُ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ فَتَسْقُطَ. قَالَ: وَلَا تَسْقُطُ النَّفَقَةُ لِتَرْشِيدِهِ لِابْنَتِهِ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٤.

(٢) المدونة ٢/٢٦٣.

(٣) المدونة ١/٣٤٤.

وَقَوْلُهُ: «أَوْ عَادَتْ الزَّمَانَةُ لِلذَّكَرِ». يَعْنِي إنْ بَلَغَ الِابْنُ زَمِنًا وَقُلْنَا بِاسْتِمْرَارِ نَفَقَتِهِ عَلَى المَشْهُورِ ثُمَّ صَحَّ وَحَكَمْنَا بِسُقُوطِ نَفَقَتِهِ ثُمَّ زَمِنَ، فَإِنَّ النَّفَقَةَ لَا تَعُودُ إلَى الْأَبِ. اهـ.

وَفِي المُقَرِّبِ: قُلْت لَهُ: أَرَأَيْت الصَّبِيَّ الصَّغِيرَ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَأَبَوَاهُ مُعْسِرَانِ أَيُنْفَقُ عَلَيْهِمَا مِنْ مَالِ هَذَا الِابْنِ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ يُنْفَقُ عَلَيْهِمَا مِنْ مَالِ الْوَلَدِ، صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، مُتَزَوِّجَةً كَانَتْ الْأُمُّ أَوْ غَيْرَ مُتَزَوِّجَةٍ. اهـ.

وَقَوْلُهُ: «وَالْحُكْمُ فِي الْكُسْوَةِ حُكْمُ النَّفَقَةِ». يَعْنِي أَنَّ حُكْمَ الْكُسْوَةِ حُكْمُ النَّفَقَةِ، فَحَيْثُ تَجِبُ النَّفَقَةُ تَجِبُ الْكُسْوَةُ وَحَيْثُ لَا فَلاَ أُجْرَةَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

وَقَوْلُهُ: «وَمُؤَنُ الْعَبْدِ تَكُونُ مُطْلَقَا». أَيْ: عَلَى سَيِّدِهِ، وَمُؤْنَتُهُ: نَفَقَتُهُ وَكُسْوَتُهُ. وَهَذِهِ إشَارَةٌ إلَى السَّبَبِ الثَّالِثِ مِنْ أَسْبَابِ النَّفَقَةِ وَهُوَ المِلْكُ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَتَجِبُ نَفَقَةُ مِلْكِ الْيَمِينِ وَإِلَّا بِيعَ عَلَيْهِ[١].

التَّوْضِيحُ: تَصَوُّرُهُ ظَاهِرٌ. فَرْعٌ: إذَا تَبَيَّنَ ضَرَرُهُ بِعَبْدِهِ فِي تَجْوِيعِهِ وَتَكْلِيفِهِ مِنْ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ وَتَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ بِيعَ عَلَيْهِ. اهـ.

وَفِي الرِّسَالَةِ: وَعَلَيْهِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبِيدِهِ وَيُكَفِّنَهُمْ إنْ مَاتُوا[٢].

وَمُنْفِقٌ عَلَى صَغِيرٍ مُطْلَقَا ... لَهُ الرُّجُوعُ بِالَّذِي قَدْ أَنْفَقَا

عَلَى أَبٍ أَوْ مَالِ الِابْنِ وَأُبِيَا ... إلَّا بِعِلْمِ الْمَالِ أَوْ يُسْرِ الْأَبِ

وَيَرْجِعُ الْوَصِيُّ مُطْلَقًا بِمَا ... يُنْفِقُهُ وَمَا الْيَمِينَ أُلْزِمَا

وَغَيْرُ مُوصٍ يُثْبِتُ الْكَفَالَهْ ... وَمَعْ يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ مَالَهْ

عْنِي أَنَّ مَنْ أَنْفَقَ عَلَى صَغِيرٍ سَوَاءٌ كَانَ لَهُ أَبٌ أَوْ يَتِيمًا، وَهُوَ مُرَادُهُ بِالْإِطْلَاقِ، فَإِنَّ لَهُ الرُّجُوعَ مِمَّا أَنْفَقَ، وَيَكُونُ رُجُوعُهُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَعَلِمَ بِهِ المُنْفِقُ، أَوْ فِي مَالِ الْأَبِ إنْ كَانَ مُوسِرًا وَعَلِمَ المُنْفِقُ بِيُسْرِهِ، وَهَذَا مَعْنَى الْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَالٌ رَجَعَ فِي مَالِ الصَّبِيِّ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: إنْ كَانَ لِلصَّبِيِّ ذِي الْأَبِ أَوْ لِلْيَتِيمِ مَالٌ، فَلِلْمُنْفِقِ عَلَيْهِمَا الرُّجُوعُ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٦.

(٢) الرسالة ص ١٠١.

عَلَيْهِمَا فِي أَمْوَالِهِمَا، إنْ كَانَتْ لَهُ بِالنَّفَقَةِ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ أَنَّهُ إنَّمَا يُنْفِقُ لِيَرْجِعَ بِهِ بَعْدَ يَمِينِهِ أَنَّهُ إنَّمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمَا لِيَرْجِعَ فِي أَمْوَالِهِمَا لَا عَلَى وَجْهِ الْحِسْبَةِ، وَيُسْرُ أَبِي الْوَلَدِ كَمَالِهِ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى السَّبَائِيُّ(١) أَنْ لَا رُجُوعَ فِي أَمْوَالِهِمَا، إلَّا أَنْ يَكُونَ أَشْهَدَ أَنَّهُ إنَّمَا أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ بِذَلِكَ، وَهَذَا إذَا أَنْفَقَ وَهُوَ يَعْلَمُ مَالَ الْيَتِيمِ، أَوْ يُسْرَ الْأَبِ، وَلَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهِمَا ظَانًّا أَنَّهُ لَا مَالَ لِلْيَتِيمِ وَلَا لِلِابْنِ وَلَا لِأَبِيهِ، ثُمَّ عَلِمَ ذَلِكَ فَلَا رُجُوعَ. وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ. وَالْقَوْلَانِ قَائِمَانِ مِنْ الْمُدَوَّنَةِ.

وَسَمِعَ سَحْنُونٌ مِنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: مَنْ غَابَ أَوْ فُقِدَ فَأَنْفَقَ رَجُلٌ عَلَى وَلَدِهِ فَقَدِمَ أَوْ مَاتَ فِي غَيْبَتِهِ وَعَلِمَ أَنَّهُ كَانَ عَدِيمًا لَمْ يَتْبَعْهُ بِمَا أَنْفَقَ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: لِأَنَّ الْوَلَدَ إذَا لَمْ يَكُنْ لِأَبِيهِ وَلَا لَهُ مَالٌ فَهُوَ كَالْيَتِيمِ، النَّفَقَةُ عَلَيْهِ احْتِسَابًا.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: يَرْجِعُ بِسِتَّةِ شُرُوطٍ: أَنْ يَكُونَ لِلصَّبِيِّ مَالٌ حِينَ الْإِنْفَاقِ، وَأَنْ يَكُونَ قَدْ عَلِمَ بِهِ الْمُنْفِقُ، وَأَنْ يَكُونَ مَالُهُ غَيْرَ عَيْنٍ، وَأَنْ يَنْوِيَ الْمُنْفِقُ الرُّجُوعَ بِنَفَقَتِهِ، وَأَنْ يَحْلِفَ عَلَى ذَلِكَ، وَأَنْ تَكُونَ النَّفَقَةُ غَيْرَ سَرَفٍ. اهـ. مِنْ شَرْحِ الرِّسَالَةِ لِلْقَلْشَانِيِّ بِتَقْدِيمٍ وَتَأْخِيرٍ وَبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

وَفِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت: فَمَنْ كَفَلَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: إنَّمَا أَنْفَقْتُ عَلَيْهِ لِأَرْجِعَ بِهِ فِي مَالِهِ. فَإِنَّ ذَلِكَ لَهُ، وَسَوَاءٌ أَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ أَوْ لَمْ يُشْهِدْ. وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ. قُلْت: فَلَوْ أَنَّ رَجُلاً غَابَ عَنْ أَوْلَادٍ لَهُ صِغَارٍ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْمُرَهُ وَالِدُهُمْ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهِمْ، ثُمَّ قَدِمَ وَالِدُهُمْ أَيَكُونُ لِهَذَا الرَّجُلِ أَنْ يَتْبَعَهُ بِمَا أَنْفَقَ؟ قَالَ: نَعَمْ، إذَا كَانَ الْأَبُ مُوسِرًا يَوْمَ أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ، إذَا قَالَ: أَنْفَقْتُ عَلَيْهِمْ عَلَى وَجْهِ السَّلَفِ، وَحَلَفَ عَلَى ذَلِكَ، وَكَانَتْ لَهُ أَيْضًا بَيِّنَةٌ بِالْإِنْفَاقِ.

وَفِي النَّوَادِرِ: وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَمَنْ أَنْفَقَ عَلَى صَبِيٍّ عَلَى الْحِسْبَةِ، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ لَهُ أَبًا مُوسِرًا لَمْ يَتْبَعْهُ بِشَيْءٍ، إلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ الْأَبَ تَعَمَّدَ ذَلِكَ بِهِمْ.

(فَرْعٌ) مَنْ أَنْفَقَ عَلَى يَتِيمٍ وَوَجَبَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ هَلْ يُكَلَّفُ بِيَمِينِ الْقَضَاءِ عَلَى أَنَّهُ

---

(١) محمد بن يحيى السبائي من أهل قرطبة، يكنى أبا عبد الله، كان يعرف بفطيس بن أم غازية، روى عن مالك بن أنس الموطأ، اختلف في اسم أبيه، كان المفتي في أيامه، توفي في صدر أيام الأمير عبد الرحمن بن الحكم، بعد ست ومائتين. انظر: ترتيب المدارك ١/١٨٧.

لَمْ يَقْبِضْ إِنْفَاقَهُ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ وَلَا أَسْقَطَهُ لِإِمْكَانِ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهِ ذَلِكَ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَعْلَمْهُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْيَتِيمِ كَالْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ؟ وَانْظُرْ فِي مَسَائِلِ الْمَحْجُورِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ سَهْلٍ هَذَا فِي غَيْرِ الْوَصِيِّ، وَأَمَّا الْوَصِيُّ فَقَدْ لَا يَكُونُ عَلَيْهِ يَمِينُ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى الْيَتِيمِ لِيَرْجِعَ بِهِ فِي مَالِهِ، وَسَوَاءٌ أَنْفَقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ هُوَ قَائِمٌ بِمَا أَنْفَقَ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنْ الطُّرَرِ.

(فَرْعٌ) وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ قَالَ بَعْضُ الْمُفْتِينَ فِي الْمَرْأَةِ تَتَزَوَّجُ وَيَتَطَوَّعُ زَوْجُهَا بِنَفَقَةِ ابْنِهَا، ثُمَّ تُرِيدُ الرُّجُوعَ بِهَا عَلَى ابْنِهَا، فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ وَفَاتِهِ، وَكَانَ لَهُ مَالٌ وَقْتَ الْإِنْفَاقِ، فَإِنَّهَا لَا رُجُوعَ لَهَا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَعْرُوفٌ مِنْ الزَّوْجِ وَصِلَةٌ لِلرَّبِيبِ، وَالْأُمُّ لَمْ تَتْرُكْ عَلَى ذَلِكَ مِنْ حَقِّهَا شَيْئًا. اهـ.

قَالَ مُقَيِّدُهُ -عَفَا اللهُ عَنْهُ-: وَقَدْ قُلْت فِي ذَلِكَ بَيْتًا، وَهُوَ:

وَمَنْ بِإِنْفَاقِ الرَّبِيبِ طَاعَ لَا ... رُجُوعَ لِلأُمِّ عَلَى ابْنٍ فَاقْبَلَا

(تَنْبِيهٌ) تَقَدَّمَ أَنَّ الْمُنْفِقَ عَلَى الصَّغِيرِ إذَا لَمْ يُشْهِدْ أَنَّهُ إنَّمَا أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ وَيَرْجِعُ، وَكَذَلِكَ يَرْجِعُ إذَا أَنْفَقَ وَلَمْ يَنْوِ رُجُوعًا وَلَا عَدَمَهُ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِ رُجُوعًا وَلَا عَدَمَ الرُّجُوعِ وَيَرْجِعُ. نَقَلَهُ صَاحِبُ الْمِعْيَارِ فِي أَثْنَاءِ جَوَابِ الْعَبْدُوسِيِّ بَعْدَ كَرَاسِينَ مِنْ نَوَازِلِ الْأَحْبَاسِ، قَوْلُهُ:

وَيَرْجِعُ الْوَصِيُّ مُطْلَقًا بِمَا ... يُنْفِقُهُ وَمَا الْيَمِينَ أُلْزِمَا

وَغَيْرُ مُوصٍ يُثْبِتُ الْكَفَالَهْ ... وَمَعْ يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ مَالَهْ

يَعْنِي أَنَّ الْوَصِيَّ إذَا أَنْفَقَ عَلَى مَحْجُورِهِ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ، سَوَاءٌ أَشْهَدَ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ أَوْ لَا، كَانُوا فِي حَضَانَتِهِ أَوْ لَا، وَهُوَ مُرَادُهُ بِالْإِطْلَاقِ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ، فَيُصَدَّقُ فِي قَصْدِ الرُّجُوعِ، وَعَلَى سُقُوطِ الْيَمِينِ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَمَا الْيَمِينَ أُلْزِمَا». فَمَا نَافِيَةٌ، أَيْ: لَمْ يُلْزِمْهُ الشَّرْعُ يَمِينًا عَلَى ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: «وَغَيْرُ مُوصٍ...» الْبَيْتَ. هُوَ تَفْصِيلٌ لِمَا أَجْمَلَ فِي قَوْلِهِ صَدْرَ الْمَسْأَلَةِ: وَمُنْفِقٌ عَلَى صَغِيرٍ مُطْلَقًا وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمُنْفِقَ عَلَى الصَّغِيرِ إنْ كَانَ وَصِيًّا عَلَيْهِ، فَلَهُ الرُّجُوعُ مُطْلَقًا، كَانُوا فِي حَضَانَتِهِ أَوْ لَا، إنْ لَمْ يَكُنْ وَصِيًّا فَإِنَّمَا يَرْجِعُ إذَا أَثْبَتَ أَنَّهُمْ فِي كَفَالَتِهِ وَحَلَفَ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ، وَأَنَّ النَّفَقَةَ مِنْ عِنْدِهِ.

وَفِي كِتَابِ الاِسْتِغْنَاءِ: قَالَ الْمُشَاوِرُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَهَا أَوْلَادٌ وَكَانَ الْأَوْلَادُ مَعَ أُمِّهِمْ عَلَى مَائِدَةِ الزَّوْجِ وَفِي بَيْتِهِ وَدَارِهِ زَمَانًا وَلَهُمْ أُصُولٌ وَدُورٌ، فَلَمَّا بَلَغُوا قَامَ يَطْلُبُهُمْ بِالنَّفَقَةِ فَأَنْكَرُوهُ وَقَالُوا: لَمْ نَأْكُلْ إِلَّا مَالَنَا. وَأَقَامَ الزَّوْجُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُمْ كَانُوا عَلَى مَائِدَتِهِ، وَلَا يَعْلَمُونَ الْإِنْفَاقَ مِمَّنْ كَانَ مِنْهُمْ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ الْحَاضِرِ الْمُنْفِقِ بِيَمِينِهِ، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ فِي غَلَّةِ أُصُولِهِمْ، وَفِي الْأُصُولِ إِنْ لَمْ تَفِ الْغَلَاَّتُ بِذَلِكَ، فَإِنْ شَطَّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِتْبَاعُهُمْ بِهِ. اهـ. نَقَلَهُ ابْنُ سَلْمُونٍ.

فصل في التداعي في النفقة

وَمَـنْ يَغِـبْ عَـنْ زَوْجَـةٍ وَلَمْ يَـدَعْ ... نَفَقَـةً لَهَـا وَبَعْـدَ أَنْ رَجَـعْ

نَاكَرَهَـا فِي قَوْلِهَـا فِي الْحِـينِ ... فَـالْقَوْلُ قَوْلُـهُ مَـعَ الْيَمِـينِ

مَـا لَمْ تَكُـنْ لِأَمْرِهَـا قَـدْ رَفَعَـتْ ... قَبْـلَ إِيَابِـهِ لِيَقْـوَى مَـا ادَّعَـتْ

فَيَرْجِـعُ الْقَـوْلُ لَهَـا مَـعَ الْحَلِـفْ ... وَالـرَّدُّ لِلْيَمِـينِ فِـيهِمَا عُـرِفْ

وَحُكْـمُ مَـا عَـلَى بَنِيـهِ أَنْفَقَـتْ ... كَحُكْـمِ مَـا لِنَفْـسِهَا قَـدْ وَثَّقَـتْ

فَـإِنْ يَكُـنْ قَبْـلَ الْمَغِيـبِ طَلَّقَـا ... فَـالْقَوْلُ قَوْلُهَـا بِـذَاكَ مُطْلَقَـا

إِنْ أَعْمَلَـتْ فِي ذَلِـكَ الْيَمِينَـا ... وَأَثْبَتَـتْ حَـضَانَةَ الْبَنِينَـا

يَعْنِي أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا غَابَ عَنْ زَوْجَتِهِ مُدَّةً وَلَمْ يَتْرُكْ لَهَا نَفَقَةً، فَلَمَّا قَدِمَ وَطَالَبَتْهُ بِمَا أَنْفَقَتْ عَلَى نَفْسِهَا، ادَّعَى أَنَّهُ تَرَكَ لَهَا نَفَقَتَهَا، فَإِنَّ الْقَوْلَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الزَّوْجِ أَنَّهُ تَرَكَ النَّفَقَةَ، وَيَحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ مَا لَمْ تَكُنْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا لِلْحَاكِمِ فِي مَغِيبِهِ، فَتَقْوَى دَعْوَاهَا، وَيَرْجِعُ الْقَوْلُ قَوْلَهَا مَعَ يَمِينِهَا أَيْضًا.

وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَمَنْ يَغِبْ عَنْ زَوْجَةٍ». إِلَى قَوْلِهِ: «فَيَرْجِعُ الْقَوْلُ لَهَا مَعَ الْحَلِفْ». قَوْلُهُ: «وَالرَّدُّ لِلْيَمِينِ فِيهِمَا عُرِفَ». يَعْنِي: أَنَّ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مِنَ الزَّوْجَيْنِ مَعَ يَمِينِهِ، فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْآخَرِ، فَإِنْ كَانَ الْقَوْلُ لِلزَّوْجِ، فَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمَرْأَةِ حَلَفَتْ وَلَزِمَتْهُ النَّفَقَةُ، وَإِنْ كَانَ الْقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ فَرَدَّتِ الْيَمِينَ عَلَى الزَّوْجِ حَلَفَ وَبَرِئَ، هَذَا فِيمَا أَنْفَقَتْهُ عَلَى نَفْسِهَا.

أَمَّا مَا أَنْفَقَتْهُ عَلَى بَنِيهَا مِنْهُ، فَيَجْرِي عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ تَرْفَعَ ذَلِكَ لِلْقَاضِي قَبْلَ قُدُومِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا أَوْ لَا؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مِنْهُمَا، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَحُكْمُ مَا عَلَى بَنِيهِ أَنْفَقَتْ...» الْبَيْتَ. هَذَا كُلُّهُ إِنْ غَابَ وَهِيَ فِي عِصْمَتِهِ.

أَمَّا إِنْ طَلَّقَهَا بَائِنًا ثُمَّ غَابَ، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا فِي النَّفَقَةِ، رَفَعَتْ لِلْقَاضِي أَوْ لَمْ تَرْفَعْ، وَهُوَ مَعْنَى الْإِطْلَاقِ فِي قَوْلِهِ: «بِذَاكَ مُطْلَقًا». وَالْبَاءُ ظَرْفِيَّةٌ، وَالْإِشَارَةُ لِلْإِنْفَاقِ، وَإِنَّمَا

يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهَا إِذَا حَلَفَتْ وَأَثْبَتَتْ أَنَّ الْأَوْلَادَ كَانُوا فِي حَضَانَتِهَا.

قَالَ فِي الْمُقَرِّبِ: قُلْت: فَإِنْ قَامَتْ امْرَأَةٌ عَلَى زَوْجِهَا فَادَّعَتْ أَنَّهُ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا سِنِينَ، فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَيَحْلِفُ إِنْ ادَّعَى الْإِنْفَاقَ وَكَانَ مُوسِرًا مُقِيمًا مَعَهَا بِالْبَلَدِ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا فَلَمَّا قَدِمَ قَامَتْ عَلَيْهِ، فَقَالَ: قَدْ كُنْتُ أَبْعَثُ إِلَيْهَا بِالنَّفَقَةِ. فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ قَدْ رَفَعَتْ ذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ وَاسْتَرْعَتْ عَلَيْهِ فِي مَغِيبِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَلْزَمُهُ مِنْ يَوْمِ رَفَعَتْ، وَلَا يُبَرِّئُهُ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِمَخْرَجٍ مِنْ ذَلِكَ، وَفِيهِ أَيْضًا قَالَ مُحَمَّدٌ: وَإِذَا أَنْفَقَتْ امْرَأَةٌ عَلَى أَوْلَادٍ لَهَا صِغَارٍ فِي مَغِيبِ زَوْجِهَا، ثُمَّ قَدِمَ فَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ، فَحَالُهَا فِيمَا تَدَّعِي مِنْ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ مِنْ مَالِهَا كَحَالِ مَا تَدَّعِي أَنَّهَا أَنْفَقَتْهُ عَلَى نَفْسِهَا، كَذَلِكَ رَوَى عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ، فَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مُطَلَّقَةً كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فِي نَفَقَتِهَا وَنَفَقَةِ بَنِيهَا إِنْ كَانَتْ حَاضِنَةً لَهُمْ. اهـ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَإِنْ تَنَازَعَا فِي إِعْطَائِهَا وَإِرْسَالِهَا فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ إِنْ كَانَتْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مِنْ يَوْمِئِذٍ، وَأَمَّا الْحَاضِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِلْعُرْفِ، وَلَهَا طَلَبُهُ عِنْدَ سَفَرِهِ بِنَفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلِ يَدْفَعُهَا لَهَا أَوْ يُقِيمُ لَهَا كَفِيلاً يُجْرِيهَا عَلَيْهَا. اهـ[1].

فَإِنْ يَكُنْ مُدَّعِيًا حَالَ الْعَدَمِ	طُولَ مَغِيبِهِ وَحَالُهُ انْبَهَمْ
فَحَالَةُ الْقُدُومِ لِابْنِ الْقَاسِمِ	مُسْتَنِدٌ لَهَا قَضَاءُ الْحَاكِمِ
فَمُعْسِرٌ مَعَ الْيَمِينِ صُدِّقَا	وَمُوسِرٌ دَعْوَاهُ لَنْ تُصَدَّقَا
وَقِيلَ بِاعْتِبَارِ وَقْتِ السَّفَرِ	وَالْحُكْمُ بِاسْتِصْحَابِ حَالِهِ حَرْ
وَقِيلَ بِالْحَمْلِ عَلَى الْيَسَارِ	وَالْقَوْلُ بِالتَّصْدِيقِ أَيْضًا جَارِ

يَعْنِي إِذَا قَدِمَ الزَّوْجُ مِنْ مَغِيبِهِ فَطَلَبَتْهُ بِالنَّفَقَةِ مُدَّةَ الْغَيْبَةِ، فَزَعَمَ أَنَّهُ كَانَ مُعْسِرًا، لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ فِي مُدَّةِ الْغَيْبَةِ شَيْئًا، وَأَنْكَرَتْ ذَلِكَ الْمَرْأَةُ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُجْهَلَ حَالُهُ يَوْمَ خُرُوجِهِ أَوْ يُعْلَمَ، فَإِنْ جُهِلَ حَالُهُ يَوْمَ خُرُوجِهِ فَلَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ إِذْ ذَاكَ مَلِيًّا وَلَا مُعْدِمًا، فَثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٣.

أَوَّلُهَا: لِابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِحَالَةِ قُدُومِهِ عَلَى حَالَةِ غَيْبَتِهِ، فَيُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ إِنْ قَدِمَ مُعْدِمًا، وَلَا يُصَدَّقُ إِنْ قَدِمَ مُوسِرًا.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ تَغْيِيرِ الْحَالِ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَهُوَ مَعْنَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ.

وَإِلَى هَذَا الْقَوْلِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ بَعْدَ تَصْوِيرِ الْمَسْأَلَةِ: «فَحَالَةُ الْقُدُومِ لِابْنِ الْقَاسِمِ...» الْبَيْتَيْنِ.

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْيَسَارِ، فَلَا يُصَدَّقُ فِيمَا ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ فِي مَغِيبِهِ مُعْدِمًا وَإِنْ قَدِمَ مُعْدِمًا، قَالَ الشَّارِحُ: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ، وَتَأَوَّلَهُ بَعْضُ أَهْلِ النَّظَرِ عَلَى مَعْنَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ.

وَفِي التَّوْضِيحِ: وَالْقَوْلُ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا لِابْنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ حَبِيبٍ قَالَا: عَلَيْهِ النَّفَقَةُ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْغَالِبَ الْمِلَاءُ، وَلِأَنَّ كُلَّ غَرِيمٍ ادَّعَى الْعَدَمَ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَتَأَوَّلَهُ بَعْضُ أَهْلِ النَّظَرِ عَلَى الْمُدَوَّنَةِ.

وَإِلَى هَذَا الْقَوْلِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَقِيلَ بِالْحَمْلِ عَلَى الْيَسَارِ».

الْقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي دَعْوَاهُ الْإِعْسَارَ حَالَةَ الْغَيْبَةِ، سَوَاءٌ قَدِمَ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا، قَالَ الشَّارِحُ: وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ سَحْنُونٍ وَابْنِ كِنَانَةَ هُنَا.

وَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَالْقَوْلُ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا لِابْنِ كِنَانَةَ وَسَحْنُونٍ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَصْلَ الْعَدَمُ.

وَإِلَى هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَالْقَوْلُ بِالتَّصْدِيقِ أَيْضًا جَارٍ».

وَإِلَى هَذِهِ الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ مَعَ بَعْضِ الْمُخَالَفَةِ فِي التَّرْتِيبِ، أَشَارَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَلَوْ تَنَازَعَا فِي الْإِعْسَارِ فِي الْغَيْبَةِ فَثَالِثُهَا، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنْ قَدِمَ مُعْسِرًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِلَّا فَقَوْلُهَا[1].

فَالْأَوَّلُ عِنْدَهُ هُوَ الثَّالِثُ فِي النَّظْمِ، وَالثَّانِي عِنْدَهُ هُوَ الثَّانِي أَيْضًا فِي النَّظْمِ، وَالثَّالِثُ عِنْدَهُ هُوَ الْأَوَّلُ فِي النَّظْمِ، هَذَا كُلُّهُ إِنْ جُهِلَ حَالُهُ يَوْمَ خُرُوجِهِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَأَمَّا إِنْ عُلِمَتْ حَالُهُ يَوْمَ خُرُوجِهِ مِنْ مُلَاءٍ أَوْ عَدَمٍ، فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا عُلِمَ بِهِ مِنْ

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٣.

ذَلِكَ، فَتُسْتَصْحَبُ تِلْكَ الْحَالُ.

وَإِنْ قَدِمَ عَلَى خِلاَفِ ذَلِكَ قَالَ الشَّارِحُ: هَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي الْوَاضِحَةِ، وَحَكَى أَبُو عُمَرَ الْإِشْبِيلِيُّ: أَنَّهَا رِوَايَةٌ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَهُوَ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ مُوسِرًا ثَبَتَ أَنَّ الْإِنْفَاقَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، فَلاَ يَسْقُطُ عَنْهُ إِلَّا بِيَقِينٍ، وَإِذَا خَرَجَ مُعْدِمًا فَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ الْإِنْفَاقَ قَدْ سَقَطَ عَنْهُ، فَلاَ يَعُودُ إِلَّا بِيَقِينٍ. اهـ.

وَإِلَى حُكْمِ مَا إِذَا عُلِمَ حَالُهُ يَوْمَ خُرُوجِهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَقِيلَ بِاعْتِبَارِ وَقْتِ السَّفَرِ...» الْبَيْتَ. إِلَّا أَنَّ حِكَايَةَ هَذَا الْقَوْلِ الَّذِي فِيمَنْ عُلِمَ حَالُهُ يَوْمَ خُرُوجِهِ أَثْنَاءَ الْأَقْوَالِ الثَّلاَثَةِ الَّتِي فِيمَنْ جُهِلَ حَالُهُ يَوْمَ خُرُوجِهِ مِمَّا لَا يَحْسُنُ، لِأَنَّ إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ قَسِيمٌ لِلأُخْرَى، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ قَالَ: وَقَدْ كَانَ إِصْلاَحُهُ سَهْلاً بِأَنْ يَنْقُلَ الْأَقْوَالَ الثَّلاَثَةَ مُتَوَالِيَةً، يَعْنِي: يُقَدِّمُ قَوْلَهُ: «وَقِيلَ بِالْحَمْلِ عَلَى الْيَسَارِ». عَلَى الْبَيْتِ قَبْلَهُ، وَيَقُولُ: عِوَضَ قَوْلِهِ قَبْلَهُ، وَقِيلَ بِاعْتِبَارِ: «وَقْتِ السَّفَرِ». مَا نَصُّهُ:

وَحَالُهُ إِنْ عُلِمَتْ وَقْتَ السَّفَرْ فَالْحُكْمُ بِاسْتِصْحَابِهَا دُونَ النَّظَرْ

قَالَ: بَلْ لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ عَلَى مُقْتَضَى هَذَا الْبَيْتِ الْمُصْلَحِ لَكَانَ كَافِيًا. اهـ.

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات من النفقة وما يلحق بها

إِسْكَانُ مَدْخُولٍ بِهَا إِلَى انْقِضَا عِدَّتِهَا مِنَ الطَّلاَقِ مُقْتَضَى
وَذَاتُ حَمْلٍ زِيدَتْ الإِنْفَاقَا لِوَضْعِهَا وَالْكِسْوَةَ اتِّفَاقَا
وَمَا لَهَا إِنْ مَاتَ حَمْلُ مَنْ بَقَى وَاسْتَثْنِ سُكْنَى إِنْ يَمُتْ مَنْ طَلَّقَا
وَفِي الْوَفَاةِ تَجِبُ السُّكْنَى فَقَدْ فِي دَارِهِ أَوْ مَا كِرَاءَهُ نَقَدْ
وَخَمْسَةُ الأَعْوَامِ أَقْصَى الْحَمْلِ وَسِتَّةُ الأَشْهُرِ فِي الأَقَلِّ

ذَكَرَ فِي هَذِهِ الأَبْيَاتِ مَا يَجِبُ لِلْمُطَلَّقَةِ مِنْ نَفَقَةٍ وَكِسْوَةٍ، وَلَهَا وَلِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا مِنَ السُّكْنَى وَمُدَّةِ الحَمْلِ، يَعْنِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلاَقًا بَائِنًا، فَإِنَّ لَهَا عَلَيْهِ الإِسْكَانَ إِلَى انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، فَتَبْقَى فِي مَسْكَنِهَا الَّذِي كَانَتْ تَسْكُنُ فِيهِ قَبْلَ طَلاَقِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَلَهَا مَعَ السُّكْنَى النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ إِلَى أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا.

فَإِنْ مَاتَ الحَمْلُ أَوْ وَضَعَتْهُ مَيِّتًا أَوْ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ سَقَطَ جَمِيعُ ذَلِكَ، فَتَسْقُطُ النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ بِمَوْتِ الحَمْلِ؛ لِأَنَّهُمَا لَهُ فِي الحَقِيقَةِ، وَتَسْقُطُ السُّكْنَى لِخُرُوجِهَا مِنَ الْعِدَّةِ بِوَضْعِ حَمْلِهَا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «إِسْكَانُ مَدْخُولٍ بِهَا إِلَى انْقِضَا». إِلَى قَوْلِهِ: «وَمَا لَهَا إِنْ مَاتَ حَمْلُ مَنْ بَقَى». فَـ «مَا» نَافِيَةٌ، وَضَمِيرُ «لَهَا» لِلْمَذْكُورَاتِ مِنَ السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ.

قَوْلُهُ: «وَاسْتَثْنِ سُكْنَى إِنْ يَمُتْ مَنْ طَلَّقَا». يَعْنِي: أَنَّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ وَأَسْكَنَهَا ثُمَّ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا، فَإِنَّ سُكْنَاهَا لَا تَسْقُطُ بِمَوْتِهِ بَلْ تَسْتَمِرُّ إِلَى انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنَ الطَّلاَقِ، وَلَا تَنْتَقِلُ لِعِدَّةِ الْوَفَاةِ؛ لِأَنَّ الْفَرْضَ أَنَّ الطَّلاَقَ بَائِنٌ.

وَلَمَّا ذَكَرَ أَنَّ مَوْتَ الحَمْلِ يُسْقِطُ السُّكْنَى أَمَرَ بِاسْتِثْنَاءِ، أَيْ بِإِخْرَاجِ السُّكْنَى إِنْ مَاتَ الْمُطَلِّقُ، وَأَنَّ مَوْتَهُ لَا يُسْقِطُهَا، وَإِلَى هَذَا الْفَرْعِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: وَاسْتَمَرَّ إِنْ مَاتَ[1]. عَلَى مَا قَرَّرَهُ عَلَيْهِ الشَّيْخُ ابْنُ غَازِيٍّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مِنْ أَنَّ الْمُرَادَ وَاسْتَمَرَّ

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٧.

المَسْكَنُ لِلْمُطَلَّقَةِ إِلَى انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا إِنْ مَاتَ المُطَلِّقُ فِي الْعِدَّةِ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ المَوَّازِ: قَالَ مَالِكٌ: وَلِلْمَبْتُوتَةِ السُّكْنَى عَلَى زَوْجِهَا فِي الْعِدَّةِ، وَيُحْبَسُ فِي ذَلِكَ وَيُبَاعُ عَلَيْهِ مَالَهُ، أَوْ يُسْتَيْقَنُ أَنْ لَا شَيْءَ لَهُ؛ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَيْهَا وَلَا تَخْرُجُ، وَفِيهَا أَيْضًا مِنَ الْكِتَابِ المَذْكُورِ قَالَ مَالِكٌ فِي المَبْتُوتَةِ: لَا نَفَقَةَ لَهَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلاً وَفِيهَا أَيْضًا[١]. قَالَ مُحَمَّدٌ: وَإِنْ طَلَبَتْ الْكِسْوَةَ فَذَلِكَ لَهَا، وَيُنْظَرُ إِلَى قَدْرِ مَا بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الحَمْلِ، فَتُعْطَى بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنَ الْكِسْوَةِ ثَمَنًا. قَالَهُ مَالِكٌ.

وَقَالَ مَالِكٌ: وَالْكِسْوَةُ وَالدِّرْعُ وَالخِمَارُ وَالْإِزَارُ، وَلَيْسَ الجُبَّةُ عِنْدَنَا مِنْ الْكِسْوَةِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَنَحْنُ نَقْضِي هَهُنَا بِالجُبَّةِ، وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ كُلُّهَا مِنَ الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَفِي النَّوَادِرِ وَإِذَا طَلَّقَ ثَلَاثًا فِي مَرَضِهِ وَهِيَ بَيِّنَةُ الحَمْلِ، فَالنَّفَقَةُ فِي رَأْسِ مَالِهِ، وَكَذَلِكَ فِي الخُلْعِ وَالمُبَارَأَةِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّةٍ ثُمَّ مَرَضٍ، فَإِذَا مَاتَ انْقَطَعَتْ النَّفَقَةُ عَنْهَا.

قَالَ فَضْلُ بْنُ سَلَمَةَ[٢]: هَذَا خِلَافُ مَا قَالَ فِي طَلَاقِ السُّنَّةِ أَنَّ السُّكْنَى قَدْ وَجَبَتْ عِنْدَ الطَّلَاقِ، فَلَا يَقْطَعُ المَوْتُ مَا قَدْ وَجَبَ. اهـ.

وَعَلَى عَدَمِ انْقِطَاعِ السُّكْنَى بِمَوْتِ المُطَلِّقِ اعْتَمَدَ النَّاظِمُ فِي قَوْلِهِ: «وَاسْتَثْنِ سُكْنَى إِنْ يَمُتْ مَنْ طَلَّقَا». وَقَوْلُهُ: «وَفِي الْوَفَاةِ تَجِبُ السُّكْنَى فَقَدْ...» الْبَيْتُ. يَعْنِي: أَنَّ المَرْأَةَ إِذَا مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا وَلَمْ تَكُنْ حَامِلاً، فَإِنَّهَا تَجِبُ لَهَا السُّكْنَى إِنْ كَانَتْ الدَّارُ مَمْلُوكَةً لِلْمَيِّتِ، أَوْ قَدْ نَقَدَ كِرَاءَهَا، وَلَا تَجِبُ لَهَا نَفَقَةٌ وَلَا كِسْوَةٌ وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «فَقَدْ» أَيْ فَحَسْبُ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ المَوَّازِ: قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ زَوْجَةٌ وَهُوَ فِي دَارٍ هِيَ لَهُ أَوْ نَقَدَ كِرَاءَهَا، فَلَهَا السُّكْنَى وَإِنْ أَحَاطَ بِهِ الدَّيْنُ.

وَفِي ابْنِ الحَاجِبِ: وَإِنْ كَانَ مُكْتَرًى غَيْرَ مَنْقُودٍ فَفِي المُدَوَّنَةِ لَمْ تَكُنْ أَحَقَّ، فَتَخْرُجُ إِلَّا

---

(١) المدونة ٢/٤٨.

(٢) فضل بن سلمة بن جرير الجهني بالولاء، أبو سلمة، البجاني، حافظ من علماء المالكية، أندلسي من أهل بجانة، أصله من إلبيرة، رحل إلى المشرق مرتين أقام فيها عشرة أعوام، ومات في بجانة، له (مختصر في المدونة) و(مختصر للواضحة) زاد فيه من فقهه، قال القاضي عياض: وهو من أحسن كتب المالكيين. وله جزء في (الوثائق)، وكتاب جمع فيه مسائل المدونة والمستخرجة والمجموعة، توفي سنة ٣١٩ هـ. انظر: معجم المؤلفين ٨/٦٨، وتاريخ ابن الفرضي ١/٣٩٤، والجذوة ٣٠٨.

أَنْ يُكْرِيَهَا الْوَرَثَةُ كِرَاءَ مِثْلِهَا[(١)].

التَّوْضِيحُ: ظَاهِرُ قَوْلِهِ فِي الْمُدَوَّنَة: وَلَمْ يَنْقُدْ الزَّوْجُ الْكِرَاءَ لَا سُكْنَى لَهَا أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْكِرَاءُ مُشَاهَرَةً أَوْ وَجِيبَةً، أَيْ فِي مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ، وَعَلَى هَذَا الظَّاهِرِ حَمَلَهُ الْبَاجِيُّ وَغَيْرُهُ، وَفِي النُّكَتِ عَنْ بَعْضِ الْقَرَوِيِّينَ أَنَّهُ حَمَلَ الْمُدَوَّنَةَ عَلَى الْمُشَاهَرَةِ، وَأَمَّا الْوَجِيبَةُ فَإِنَّهَا أَحَقُّ بِالسُّكْنَى، سَوَاءٌ نَقَدَ أَوْ لَا. اهـ.

وَقَوْلُهُ:

وَخَمْسَةُ الْأَعْوَامِ أَقْصَى الْحَمْلِ ... وَسِتَّةُ الْأَشْهُرِ فِي الْأَقَلِّ

لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ إِذَا كَانَتْ حَامِلاً تَجِبُ لَهَا النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ وَالسُّكْنَى، تَشَوَّفَتْ النَّفْسُ وَاحْتَاجَتْ إِلَى مَعْرِفَةِ مُدَّةِ الْحَمْلِ، وَلَمَّا كَانَتْ تَخْتَلِفُ بِالطُّولِ وَالْقِصَرِ، أُحْتِيجَ إِلَى مَعْرِفَةِ أَقَلِّهَا وَأَكْثَرِهَا، فَأَخْبَرَ أَنَّ أَقَلَّهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَأَكْثَرَهَا خَمْسَةُ أَعْوَامٍ، أَمَّا كَوْنُ أَقَلِّهَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]. وَقَالَ فِي الْآيَةِ الْأُخْرَى: ﴿۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وَقَالَ أَيْضًا: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فَالْآيَةُ الْأُولَى أَعْلَمَتْ أَنَّ مُدَّةَ الْحَمْلِ وَالرَّضَاعِ مَعًا ثَلَاثُونَ شَهْرًا، فَإِذَا انْقَضَتْ الثَّلَاثُونَ كَمَلَ الْحَمْلُ وَحَصَلَ الْفِصَالُ وَهُوَ الْفِطَامُ، وَالثَّانِيَةُ وَالثَّالِثَةُ أَعْلَمَتَا أَنَّ مُدَّةَ الرَّضَاعِ وَحْدَهُ حَوْلَانِ كَامِلَانِ، وَإِذَا كَانَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ وَحْدَهُ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ، فَمُدَّةُ الْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ؛ إِذْ هِيَ الْبَاقِيَةُ بَعْدَ حَطِّ زَمَنِ الرَّضَاعِ مِنْ الثَّلَاثِينَ شَهْرًا الْمُقَدَّرَةِ لِمَجْمُوعِهِمَا.

قَالَ فِي الْمَقْصِدِ الْمَحْمُودِ: وَأَقَلُّ مُدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ وَقَالَ: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فَتَبْقَى مُدَّةُ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ. اهـ.

وَأَمَّا كَوْنُ أَكْثَرِ الْحَمْلِ خَمْسَةَ أَعْوَامٍ، فَاعْلَمْ أَنَّ الْمُعْتَدَّةَ مِنْ وَفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ إِذَا حَصَلَتْ لَهَا رِيبَةٌ وَشَكٌّ فِي كَوْنِهَا حَامِلاً أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ سَبَبُ الرِّيبَةِ تَأَخُّرَ الْحَيْضِ عَنْ وَقْتِهِ تَرَبَّصَتْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ اسْتِبْرَاءً، ثُمَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ عِدَّةً هَذَا إِنْ تَأَخَّرَ لِغَيْرِ سَبَبٍ، أَمَّا إِنْ تَأَخَّرَ لِسَبَبٍ كَالرَّضَاعِ وَالْمَرَضِ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ الْأَقْرَاءَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: تَحِلُّ بِمُضِيِّ السَّنَةِ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٢٦.

وَإِنْ كَانَ سَبَبُ الرِّيبَةِ حِسَّ الْبَطْنِ، فَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْمُرْتَابَةُ بِحِسِّ الْبَطْنِ لَا تُنْكَحُ إِلَّا بَعْدَ أَقْصَى أَمَدِ الْوَضْعِ، وَهُوَ خَمْسَةُ أَعْوَامٍ عَلَى الْمَشْهُورِ وَرُوِيَ أَرْبَعَةٌ وَرُوِيَ سَبْعَةٌ. وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا تَحِلُّ أَبَدًا حَتَّى يُتَبَيَّنَ أَيْ بَرَاءَتُهَا مِنَ الْحَمْلِ[(١)].

قَالَ الْحَطَّابُ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: وَتَرَبَّصَتْ. أَيْ إِنْ ارْتَابَتْ بِهِ وَهَلْ خَمْسًا أَوْ أَرْبَعًا خِلَافٌ، يَعْنِي فَإِذَا مَضَتْ الْخَمْسَةُ أَوْ الْأَرْبَعَةُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ حَلَّتْ وَلَوْ بَقِيَتْ الرِّيبَةُ. قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَلَا تُنْكَحُ مُسْتَرَابَةُ الْبَطْنِ إِلَّا بَعْدَ زَوَالِ الرِّيبَةِ أَوْ بَعْدَ خَمْسِ سِنِينَ.اهـ[(٢)].

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ: وَإِنْ قَالَتْ أَنَا بَاقِيَةٌ عَلَى رِيبَتِي؛ لِأَنَّ الْخَمْسَ سِنِينَ أَمَدُ مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ الْحَمْلُ. اهـ.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: وَسَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ أَوْ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ. اهـ[(٣)].

وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الرِّيبَةُ هَلْ حَرَكَةُ مَا فِي بَطْنِهَا حَرَكَةُ وَلَدٍ أَوْ حَرَكَةُ رِيحٍ، وَأَمَّا إِنْ تَحَقَّقَ وُجُودُ وَلَدٍ فَلَا تَحِلُّ أَبَدًا، قَالَهُ اللَّخْمِيُّ، وَنَقَلَهُ ابْنُ عَرَفَةَ وَلَفْظُهُ: الْخَامِسَةُ يَعْنِي مِنَ الْمُعْتَدَّاتِ، الْمُرْتَابَةُ فِي الْحَمْلِ بِحِسِّ بَطْنٍ عِدَّتُهَا بِوَضْعِهِ، أَوْ مُضِيِّ أَقْصَى أَمَدِ الْحَمْلِ مَعَ عَدَمِ تَحَقُّقِهِ[(٤)]. ثُمَّ قَالَ اللَّخْمِيُّ: إِنْ تَحَقَّقَ حَمْلُهَا وَالشَّكُّ لِطُولِ الْمُدَّةِ لَمْ تَحِلَّ أَبَدًا. اهـ. فَمَفْهُومُ قَوْلِ ابْنِ عَرَفَةَ مَعَ عَدَمِ تَحَقُّقِهِ... إِلَخْ. مَعَ مَا نَقَلَهُ عَنْ اللَّخْمِيِّ يَدُلُّ عَلَى مَا قَيَّدَ بِهِ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ، وَاللهُ أَعْلَمُ. (فَرْعٌ) فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا فَلَا تَحِلُّ إِلَّا بِخُرُوجِهِ. اهـ. كَلَامُ الْحَطَّابِ[(٥)].

وَحَالُ ذَاتِ طَلْقَةٍ رَجْعِيَّةِ ... فِي عِدَّةٍ كَحَالَةِ الزَّوْجِيَّةِ

مِنْ وَاجِبٍ عَلَيْهِ كَالْإِنْفَاقِ ... إِلَّا فِي الِاسْتِمْتَاعِ بِالْإِطْلَاقِ

يَعْنِي: أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا حَالُهَا مَعَ زَوْجِهَا فِي زَمَنِ الْعِدَّةِ كَحَالِ الزَّوْجَةِ غَيْرِ الْمُطَلَّقَةِ مِنْ وُجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا، وَثُبُوتِ الْمِيرَاثِ بَيْنَهُمَا، وَارْتِدَافِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، وَانْعِقَادِ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٢٠.
(٢) المدونة ٢/٢٦.
(٣) مواهب الجليل ٥/٤٨٤.
(٤) منح الجليل ٤/٣٠٨.
(٥) مواهب الجليل ٥/٤٨٥.

الظِّهَارِ وَلُزُوم الْإِيلاَءِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الزَّوْجِيَّةِ مَا عَدَا الاِسْتِمْتَاعَ، فَلاَ يَجُوزُ لَهُ بِوَطْءٍ وَلَا مُقَدِّمَاتِهِ، بَلْ حَتَّى بِالنَّظَرِ عَلَى وَجْهِ التَّلَذُّذِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْإِطْلاَقِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: تَجِبُ النَّفَقَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ مَدْخُولٍ بِهَا أَيَّامَ عِدَّتِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ طَلاَقُهَا بَائِنًا وَكَانَ الزَّوْجُ يَمْلِكُ ارْتِجَاعَهَا فِيهِ سَوَاءٌ أَوْقَعَهُ الزَّوْجُ أَوْ الزَّوْجَةُ أَوْ أَوْقَعَهُ السُّلْطَانُ بِالْإِيلاَءِ، أَوْ عَدَمِ النَّفَقَةِ إِذَا أَيْسَرَ فِي الْعِدَّةِ.

وَفِي الْجَوَاهِرِ: هِيَ مُحَرَّمَةُ الْوَطْءِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: مُبَاحَةُ الْوَطْءِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَالْبَعْلُ مَنْ لَهُ الْوَطْءُ؛ وَلِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِ الْعَقْدِ؛ فَيَثْبُتُ قِيَاسًا عَلَى النَّفَقَةِ وَالْمِيرَاثِ، وَجَوَابُهُ أَنَّ لَفْظَ الرَّدِّ يَقْتَضِي الْخُرُوجَ عَنْ الزَّوْجِيَّةِ.اهـ.

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «فِي عِدَّةٍ». أَنَّهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَيْسَتْ كَالزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّهَا بَانَتْ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَحَيْثُ لَا عِدَّةَ لِلْمُطَلَّقَهْ ... فَلَيْسَ مِنْ سُكْنَى وَلَا مِنْ نَفَقَهْ

وَلَيْسَ لِلرَّضِيعِ سُكْنَى بِالْقَضَا ... عَلَى أَبِيهِ وَالرَّضَاعُ مَا انْقَضَى

أَفَادَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُطَلَّقَةَ الَّتِي لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَهِيَ الَّتِي طَلُقَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ، لَا تَجِبُ لَهَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةٌ؛ لِأَنَّهُمَا إِنَّمَا يَجِبَانِ لِلْمُطَلَّقَةِ فِي زَمَنِ الْعِدَّةِ، وَالْفَرْضُ أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ وَجَازَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ غَيْرَهُ فِي الْحِينِ، فَلاَ مَعْنَى لِوُجُوبِ شَيْءٍ لَهَا مِنْ تَوَابِعِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ، وَقَدْ انْفَصَلَتْ الْعِصْمَةُ بَيْنَهُمَا.

وَأَفَادَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي أَنَّ مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَلَهُ مَعَهَا وَلَدٌ رَضِيعٌ، فَإِنَّمَا لَهَا عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ لَا كِرَاءُ مَسْكَنِهِ مَا دَامَ فِي زَمَنِ الرَّضَاعِ.

قَالَ فِي السِّرِّ الْمَصُونِ: إِذَا لَزِمَتْ الْجَارِيَةَ الْعِدَّةُ لِمَكَانِ الْخَلْوَةِ بِهَا لَزِمَ الزَّوْجَ السُّكْنَى، وَلَوْ خَلاَ بِهَا فِي بَيْتِ أَهْلِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا وَاتَّفَقَا عَلَى عَدَمِ الْمَسِيسِ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ وَلَا سُكْنَى لَهَا، وَلَوْ قَالَتْ: جَامَعَنِي. وَهُوَ يُنْكِرُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَا سُكْنَى عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يُجَامَعُ مِثْلُهَا وَدَخَلَ بِهَا وَطَلَّقَهَا أَلْبَتَّةَ، فَلاَ سُكْنَى لَهَا؛ لِأَنَّهَا لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا بِاخْتِصَارٍ، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ كُلَّمَا انْتَفَتْ الْعِدَّةُ انْتَفَى لَازِمُهَا مِنْ السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ، وَإِذَا وَجَبَتْ الْعِدَّةُ فَقَدْ ثَبَتَتْ النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى كَمَا إِذَا كَانَتْ الْمُطَلَّقَةُ حَامِلاً، وَقَدْ يَنْتَفِيَانِ كَمَا إِذَا خَلاَ بِهَا فِي

بَيْتِ أَهْلِهَا وَادَّعَتْ المَسِيسَ وَأَنْكَرَهُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِمَكَانِ الْخَلْوَةِ، وَلَا نَفَقَةَ لَهَا لِأَنَّهَا بَائِنٌ غَيْرُ حَامِلٍ وَلَا سُكْنَى عَلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى زَعْمِهِ مُطَلَّقَةٌ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَلَا سُكْنَى لِلرَّضِيعِ عَلَى أَبِيهِ مُدَّةَ الرَّضَاعِ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْ الرَّضَاعِ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ عَلَيْهِ السُّكْنَى، كَذَلِكَ رَأَيْتُ فِي بَعْضِ الْكُتُبِ يُرِيدُ أَنَّ مَسْكَنَ الرَّضِيعِ مُدَّةَ الرَّضَاعِ إِنَّمَا هُوَ فِي حِجْرِ الْأُمِّ فِي الْغَالِبِ. اهـ.

وَجُمْلَةُ «وَالرَّضَاعُ مَا انْقَضَى» حَالِيَّةٌ، وَ«مَا» نَافِيَةٌ.

وَمُرْضَعٌ لَيْسَ بِذِي مَالٍ عَلَى ... وَالِدِهِ مَا يَسْتَحِقُّ جُعِلَا

وَمَعْ طَلَاقٍ أُجْرَةُ الْإِرْضَاعِ ... إِلَى تَمَامِ مُدَّةِ الرَّضَاعِ

وَبَعْدَهَا يَبْقَى الَّذِي يَخْتَصُّ بِهْ ... حَتَّى يُرَى سُقُوطُهُ بِمُوجِبِهْ

وَإِنْ تَكُنْ مَعَ ذَاكَ ذَاتَ حَمْلِ ... زِيدَتْ لَهَا نَفَقَةٌ بِالْعَدْلِ

بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَحَيْثُ بِالْقَضَا ... تُؤْخَذُ وَانْفَشَّ فَمِنْهَا تُقْتَضَى

وَإِنْ يَكُنْ دَفْعٌ بِلَا سُلْطَانِ ... فَفِي رُجُوعِهِ بِهِ قَوْلَانِ

وَمَنْ لَهُ مَالٌ فَفِيهِ الْفَرْضُ حَقْ ... وَعَنْ أَبٍ يَسْقُطُ كُلُّ مَا اسْتَحَقّ

تَكَلَّمَ فِي الْأَبْيَاتِ عَلَى بَعْضِ مَسَائِلِ الْإِرْضَاعِ وَلَمْ يُتْقِنْهَا وَلَا اسْتَوْفَى الْأَكِيدَ مِنْهَا، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ جُمْلَةٍ صَالِحَةٍ مِنْ ذَلِكَ، وَأَحْسَنُ مَا وَقَفْتُ عَلَيْهِ الْآنَ بِتَقْرِيبٍ قَوْلُ ابْنِ سَلْمُونٍ: وَيَلْزَمُ الْأُمَّ رَضَاعُ ابْنِهَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَرِيضَةً، أَوْ غَيْرَ ذَاتِ لَبَنٍ، أَوْ شَرِيفَةَ الْقَدْرِ مِثْلُهَا لَا يُرْضِعُ، فَيَكُونُ عَلَى الْأَبِ أَنْ يَأْتِيَ لَهُ بِمَنْ يُرْضِعُهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا الْأَبُ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي إِلَيْهَا أُجْرَةَ الْإِرْضَاعِ عَلَى قَدْرِ حَالِهِ فِي الْيُسْرِ وَالْعُسْرِ، فَإِنْ لَمْ تَرْضَ بِمَا فُرِضَ لَهَا، كَانَ لِلأَبِ أَخْذُهُ وَيَدْفَعُهُ لِمَنْ يُرْضِعُهُ، فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا أَوْ كَانَ الْأَبُ مُعْسِرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى أُجْرَةٍ، كَانَ عَلَيْهَا إِرْضَاعُهُ بَاطِلاً أَوْ بِمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ.

وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَوْ وَجَدَ مَنْ يُرْضِعُهُ بِأَقَلَّ مِنْ الْأُجْرَةِ الْمَفْرُوضَةِ عَلَيْهِ، فَهَلْ لَهُ أَخْذُهُ أَمْ لَا؟ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ: وَإِنْ مَاتَ الْأَبُ، فَإِنَّهَا تُرْضِعُهُ بِأُجْرَةٍ تَأْخُذُهَا مِنْ مَالِ الطِّفْلِ،

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ لَزِمَهَا إِرْضَاعُهُ بَاطِلاً، وَإِنْ أَبَتْ الْأُمُّ إِرْضَاعَهُ، فَأَرَادَتْ دَفْعَهُ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْمَرُ بِأَخْذِهِ حَتَّى يَجِدَ مَنْ يُرْضِعُهُ. اهـ.

قَوْلُهُ: «وَمُرْضِعٌ لَيْسَ...» الْبَيْتُ. مُرْضَعٌ بِفَتْحِ الضَّادِ اسْمَ مَفْعُولٍ، يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ الْمُرْضَعَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ، فَإِنَّ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ أُجْرَةِ الرَّضَاعِ وَغَيْرِهَا عَلَى أَبِيهِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ مَرِيضَةً، أَوْ لَا لَبَنَ لَهَا أَوْ عَالِيَةَ الْقَدْرِ مِثْلُهَا لَا يُرْضِعُ، وَأَمَّا إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ، فَإِنَّ الْإِرْضَاعَ يَجِبُ عَلَيْهَا كَمَا تَقَدَّمَ أَوَّلَ كَلَامِ ابْنِ سَلْمُونٍ.

وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ: «لَيْسَ بِذِي مَالٍ». أَنَّهُ لَوْ كَانَ لِلْوَلَدِ مَالٌ، فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي قَوْلِهِ: «وَمَنْ لَهُ مَالٌ». فَفِيهِ الْفَرْضُ حَقْ هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ فِي عِصْمَةِ أَبِي الصَّبِيِّ، وَأَمَّا إِنْ طَلَّقَهَا فَإِنَّ لَهَا أُجْرَةَ الرَّضَاعِ مِنْ مَالِ الْوَلَدِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَوْ مِنْ مَالِ أَبِيهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَى تَمَامِ الْحَوْلَيْنِ مُدَّةَ الرَّضَاعِ، فَإِنْ انْقَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ فَيَبْقَى مَا يَجِبُ لِلْوَلَدِ نَفْسِهِ مِنْ نَفَقَةٍ وَكِسْوَةٍ حَتَّى يَسْقُطَ ذَلِكَ عَنْ أَبِيهِ إِنْ كَانَ هُوَ الدَّافِعَ لِذَلِكَ، لِكَوْنِ الْوَلَدِ لَا مَالَ لَهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا فِي قَوْلِ ابْنِ سَلْمُونٍ، فَإِنْ طَلَّقَهَا الْأَبُ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي لَهَا أُجْرَةَ الْإِرْضَاعِ عَلَى قَدْرِ حَالِهِ فِي الْيُسْرِ وَالْعُسْرِ. اهـ.

وَبِالضَّرُورَةِ أَنَّهُ إِذَا انْقَضَى زَمَنُ الْإِرْضَاعِ وَالْوَلَدُ عِنْدَ أُمِّهِ، فَإِنَّ الْأَبَ يُطَالَبُ بِنَفَقَتِهِ إِلَى سُقُوطِهَا، وَهُوَ مُرَادُهُ بِمَا يَخْتَصُّ بِهِ، أَيْ دُونَ الْأُمِّ وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَمَعْ طَلَاقٍ أُجْرَةُ الْإِرْضَاعِ...» الْبَيْتَيْنِ. وَضَمِيرُ «بَعْدَهَا» لِمُدَّةِ الرَّضَاعِ.

قَوْلُهُ:

وَإِنْ تَكُنْ مَعَ ذَاكَ ذَاتَ حَمْلِ ... زِيدَتْ لَهُ نَفَقَةٌ بِالْعَدْلِ

بَعْدَ ثُبُوتِهِ، يَعْنِي وَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ ذَاتَ حَمْلٍ مَعَ ذَلِكَ وَهُوَ كَوْنُهَا مُرْضِعًا فَكَانَتْ تُرْضِعُ وَلَدًا وَبِبَطْنِهَا وَلَدٌ آخَرُ، فَإِنَّهَا تَسْتَحِقُّ شَيْئَيْنِ: أُجْرَةَ الْإِرْضَاعِ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْإِرْضَاعُ، وَالثَّانِي نَفَقَةُ الْحَمْلِ الَّذِي فِي بَطْنِهَا؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ تَكُنْ مَعَ ذَاكَ ذَاتَ حَمْلٍ زِيدَتْ لَهَا نَفَقَةٌ». أَيْ نَفَقَةُ الْحَمْلِ عَلَى أُجْرَةِ الرَّضَاعِ بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَمْلِ.

قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبَ وَابْنِ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ: وَسُئِلَ عَمَّنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ حَامِلاً وَهِيَ تُرْضِعُ، أَتَرَى عَلَيْهِ النَّفَقَتَيْنِ جَمِيعًا كِلْتَيْهِمَا نَفَقَةَ الْحَمْلِ وَنَفَقَةَ الرَّضَاعِ؟ قَالَ:

أَرَى ذَلِكَ عَلَيْهِ جَمِيعًا. اهـ. وَدَلِيلُ ذَلِكَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٦] وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ﴾ [الطلاق: ٦] وَلَيْسَ وُجُوبُ نَفَقَةِ الْحَمْلِ بِالَّذِي يُسْقِطُ مَا أَوْجَبَ اللهُ لَهَا مِنْ أُجْرَةِ الرَّضَاعِ.

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ مُرْضِعٌ، فَعَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَنَفَقَةُ الرَّضَاعِ جَمِيعًا. اهـ.

فَإِنْ ادَّعَتْ الْبَائِنُ الْحَمْلَ، فَلاَ يُقْضَى لَهَا بِالنَّفَقَةِ حَتَّى يَثْبُتَ الْحَمْلُ، فَإِذَا ثَبَتَ وَدَفَعَ نَفَقَتَهُ ثُمَّ انْفَشَّ الْحَمْلُ وَكَشَفَ الْغَيْبُ أَنْ لَا حَمْلَ فَفِي رُجُوعِهِ بِنَفَقَتِهِ تَفْصِيلٌ، وَهُوَ إِنْ دَفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ رَجَعَ بِهَا عَلَى الزَّوْجَةِ وَإِنْ دَفَعَهَا بِاخْتِيَارِهِ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ، فَفِي رُجُوعِهِ وَعَدَمِ رُجُوعِهِ قَوْلَانِ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ:

..........وَحَيْثُ بِالْقَضَا تُؤْخَذُ وَانْفَشَّ فَمِنْهَا تُقْتَضَى
وَإِنْ يَكُنْ دَفْعٌ بِلاَ سُلْطَانِ فَفِي رُجُوعِهِ بِهِ قَوْلَانِ

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَتَجِبُ النَّفَقَةُ بِثُبُوتِ الْحَمْلِ بِالنِّسَاءِ(١).

التَّوْضِيحُ: هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَلِمَالِكٍ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّهَا لَا تُدْفَعُ لَهَا النَّفَقَةُ إِلَّا بَعْدَ الْوَضْعِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَنْفَشَّ مِنْ غَيْرِ حَمْلٍ(٢).

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَفِي رُجُوعِهِ ثَالِثُهَا إِنْ كَانَ بِحُكْمٍ رَجَعَ، وَرَابِعُهَا بِعَكْسِهِ(٣).

التَّوْضِيحُ: وَإِذَا فَرَّعْنَا عَلَى الْمَشْهُورِ وَأَنْفَقَ بِظُهُورِ الْحَمْلِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنْ لَا حَمْلَ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِالنَّفَقَةِ أَمْ لَا؟ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ: الرُّجُوعُ مُطْلَقًا، وَعَدَمُ الرُّجُوعِ مُطْلَقًا، وَالثَّالِثُ إِنْ دَفَعَ لَهَا بِحُكْمٍ رَجَعَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَبَانَ أَنَّ الْأَمْرَ عَلَى خِلَافِ مَا ثَبَتَ، وَإِنْ دَفَعَ بِغَيْرِ حُكْمٍ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ مُتَطَوِّعٌ، وَالرَّابِعُ عَكْسُهُ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ قَاعِدَةِ الْحُكْمِ بِمَا ظَاهِرُهُ صَوَابٌ وَبَاطِنُهُ خَطَأٌ وَبَاطِلٌ، هَلْ يُغَلَّبُ حُكْمُ الظَّاهِرِ فَتَنْفُذُ الْأَحْكَامُ أَوْ الْبَاطِنُ فَتُرَدُّ، وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ فُرُوعٌ وَمِنْ جُمْلَتِهَا هَذِهِ مَنْ دَفَعَ نَفَقَةَ الْحَمْلِ، ثُمَّ انْفَشَّ هَلْ يَرْجِعُ أَمْ لَا؟ قَوْلُهُ: «وَمَنْ لَهُ مَالٌ فَفِيهِ الْفَرْضُ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٣.

(٢) البيان والتحصيل ١٥/٩٦.

(٣) جامع الأمهات ص ٣٣٣.

حَقُّ...» الْبَيْتُ. يَعْنِي أَنَّ الْأَوْلَادَ إِنَّمَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ وَكِسْوَتُهُمْ وَأُجْرَةُ رَضَاعِهِمْ وَغَيْرُ ذَلِكَ عَلَى أَبِيهِمْ إِنْ كَانُوا فُقَرَاءَ وَلَا مَالَ لَهُمْ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ لَهُمْ مَالٌ، فَإِنَّ جَمِيعَ مُؤْنَتِهِمْ مِنْ مَالِ أَنْفُسِهِمْ وَلَيْسَ عَلَى الْأَبِ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ.

قَالَ فِي الْمُفِيدِ: وَلَا يَلْزَمُ الْأَبَ نَفَقَةُ بَنِيهِ إِنْ كَانَ لَهُمْ مَالٌ.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَمَنْ كَانَ مِنْ صِغَارِ بَنِيهِ وَأَبْكَارِ بَنَاتِهِ لَهُ مَالٌ، فَلاَ يَلْزَمُ الْأَبَ نَفَقَتُهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ الْأَبُ مِنْهُ عَيْنًا كَانَ أَوْ عُرُوضًا، وَقَدْ سُئِلَ الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ رَجُلٍ أَنْفَقَ نَفَقَةً كَبِيرَةً فِي عُرْسِ ابْنِهِ، ثُمَّ طَلَبَهُ بِهَا. فَأَجَابَ: لَا طَلَبَ لِلأَبِ عَلَى ابْنِهِ بِمَا كَثُرَ مِنَ النَّفَقَةِ فِي عُرْسِهِ وَدَخَلَ فِي بَابِ السَّرَفِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُهُ بِالْقَدْرِ الْمُعْتَادِ فِي ذَلِكَ مِمَّا هُوَ دَاخِلٌ فِي بَابِ الاِقْتِصَادِ عَلَى مُقْتَضَى الْعَادَةِ الْجَارِيَةِ لِمِثْلِ الزَّوْجِ مَعَ تِلْكَ الزَّوْجَةِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ يَمِينًا بِاللهِ تَعَالَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَنْفَقَ تِلْكَ النَّفَقَةَ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ بِهَا عَلَى ابْنِهِ، وَهَذَا إِنْ كَانَ لِلابْنِ مَالٌ وَقْتَ الْإِنْفَاقِ، وَإِلَّا فَلاَ رُجُوعَ لَهُ بِشَيْءٍ. اهـ.

وَمَا أَفْتَى بِهِ ظَاهِرٌ إِنْ كَانَ الابْنُ صَغِيرًا، وَانْظُرْ مَا الْحُكْمُ إِنْ كَانَ كَبِيرًا، هَلْ هُوَ كَالصَّغِيرِ أَوْ يُرْجَعُ عَلَيْهِ كَانَ لَهُ مَالٌ وَقْتَ الْإِنْفَاقِ أَوْ لَا؟ وَهُوَ ظَاهِرُ اشْتِرَاطِهِمْ فِي الصَّغِيرِ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ دُونَ الْكَبِيرِ، فَيُرْجَعُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

ثُمَّ قَالَ:

وَكُلُّ مَا يَرْجِعُ لِافْتِرَاضِ	مُوَكَّلٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْقَاضِي
بِحَسَبِ الْأَقْوَاتِ وَالْأَعْيَانِ	وَالسِّعْرِ وَالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ

يَعْنِي: أَنَّ كُلَّ مَا يَرْجِعُ لِلْفَرْضِ وَالتَّقْدِيرِ مِنْ نَفَقَةٍ وَكِسْوَةٍ وَإِسْكَانٍ وَمَا يَلْتَحِقُ بِذَلِكَ، فَإِنَّهُ مَوْكُولٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْقَاضِي، فَيَجْتَهِدُ فِيهِ بِحَسَبِ جِنْسِ الْقُوتِ وَقَدْرِهِ، وَبِحَسَبِ عَيْنِ مَا فُرِضَ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ، وَبِاعْتِبَارِ السِّعْرِ مِنْ رَخَاءٍ وَغَلَاءٍ، وَبِاعْتِبَارِ الزَّمَانِ مِنْ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ، وَبِاعْتِبَارِ الْمَكَانِ فِي عَادَةِ أَهْلِهِ، وَكَذَلِكَ الْكِسْوَةُ يُلاَحَظُ فِيهَا هَذِهِ الاِعْتِبَارَاتُ وَالْمَسْكَنُ كَذَلِكَ، فَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ أَنَّهُ يَجِبُ لِلزَّوْجَةِ: قُوتٌ وَإِدَامٌ وَكِسْوَةٌ وَمَسْكَنٌ بِالْعَادَةِ بِقَدْرِ وُسْعِهِ وَحَالِهَا وَالْبَلَدِ وَالسِّعْرِ، وَإِنْ أَكُولَةً وَتُزَادُ الْمُرْضِعُ مَا تَقْوَى بِهِ، إِلَّا الْمَرِيضَةَ وَقَلِيلَةَ الْأَكْلِ، فَلاَ يَلْزَمُ إِلَّا مَا تَأْكُلُ عَلَى الْأَصْوَبِ، وَلَا يَلْزَمُ الْحَرِيرُ وَحُمِلَ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَعَلَى الْمُتَدَيِّنَةِ لِقَنَاعَتِهَا، فَيُفْرَضُ الْمَاءُ وَالزَّيْتُ وَالْحَطَبُ

وَالمِلْحُ وَاللَّحْمُ المَرَّةَ بَعْدَ المَرَّةِ، وَحَصِيرٌ وَسَرِيرٌ أُحْتِيجَ إِلَيْهِ وَأُجْرَةُ قَابِلَةٍ وَزِينَةٌ تُسْتَضَرُّ بِتَرْكِهَا، كَكُحْلٍ وَدُهْنٍ مُعْتَادَيْنِ وَحِنَّاءٍ وَمُشْطٍ وَإِخْدَامُ أَهْلِهِ وَإِنْ بِكِرَاءٍ وَلَوْ بِأَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، وَقَضَى لَهَا بِخَادِمِهَا إِنْ أَحَبَّتْ إِلَّا لِرِيبَةٍ، وَإِلَّا فَعَلَيْهَا الْخِدْمَةُ الْبَاطِنَةُ مِنْ عَجْنٍ وَكَنْسٍ وَفَرْشٍ بِخِلَافِ النَّسْجِ وَالْغَزْلِ[١].

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ نَحْوُهُ قَالَ: وَقَدَّرَ مَالِكٌ المُدَّ فِي الْيَوْمِ، وَقَدَّرَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَيْبَتَيْنِ وَنِصْفًا فِي الشَّهْرِ إِلَى ثَلَاثَةٍ؛ لِأَنَّ مَالِكًا بِالمَدِينَةِ وَابْنَ الْقَاسِمِ بِمِصْرَ، قَالَ: وَإِنْ أَكَلَ الشَّعِيرَ أَكَلَتْهُ[٢].

التَّوْضِيحُ: وَالمُرَادُ بِالمُدِّ هُنَا المُدُّ الْهَاشِمِيُّ، وَهُوَ مَنْسُوبٌ إِلَى هِشَامِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ المَخْزُومِيِّ، وَكَانَ أَمِيرًا بِالمَدِينَةِ فِي خِلَافَةِ هِشَامِ بْنِ عَبْدِ المَلِكِ. ابْنُ حَبِيبٍ وَغَيْرُهُ: وَفِي الْوَيْبَةِ[٣] اثْنَتَانِ وَعِشْرُونَ مُدًّا بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ. اهـ.

وَفِي المُدِّ الْهِشَامِيِّ مُدٌّ وَثُلُثَانِ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَأَمْرُ الْإِدَامِ كَذَلِكَ، وَلَا يُفْرَضُ مِثْلُ الْعَسَلِ وَالسَّمْنِ وَالْحَالُومِ وَالْفَاكِهَةِ وَيُفْرَضُ الْخَلُّ. اهـ[٤].

وَعَدَمُ فَرْضِ السَّمْنِ مُقَيَّدٌ بِبَلَدٍ لَيْسَ أَكْلُهُ عُرْفًا عِنْدَهُمْ، ثُمَّ قَالَ: وَأَمْرُ الْكِسْوَةِ كَذَلِكَ[٥].

التَّوْضِيحُ: أَيْ فَيُعْتَبَرُ فِي جِنْسِهَا وَقَدْرِ حَالِهَا كَمَا فِي النَّفَقَةِ، وَيُعْتَبَرُ أَيْضًا الزَّمَانُ وَالمَكَانُ مِمَّا يَصْلُحُ لِلشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ مِنْ قَمِيصٍ وَجُبَّةٍ وَخِمَارٍ وَمِقْنَعَةٍ وَإِزَارٍ، وَشِبْهِهِ مِمَّا لَا غَنَاءَ عَنْهُ، وَمِنْ غِطَاءٍ وَوِطَاءٍ وَوِسَادَةٍ وَسَرِيرٍ أُحْتِيجَ إِلَيْهِ لِعَقَارِبَ أَوْ بَرَاغِيثَ أَوْ فِيرَانٍ. اهـ.

الْجَوْهَرِيُّ: المِقْنَعَةُ بِالْكَسْرِ مَا تُقَنِّعُ بِهِ المَرْأَةُ رَأْسَهَا، وَالْقِنَاعُ أَوْسَعُ مِنَ المِقْنَعَةِ. اهـ[٦].

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٦.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٣١.

(٣) الوَيْبَةُ: بفتح الواو وسكون الياء، مكيال قدره خمسة ونصف صاع، وهي تساوي عند الحنفية ١٧،٩٣ لترا، وعند غيرهم ١٥،١٢٥ لترًا. معجم لغة الفقهاء ص ١١٥.

(٤) جامع الأمهات ص ٣٣١.

(٥) جامع الأمهات ص ٣٣١.

(٦) الصحاح ١٢٧٣/٣.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا هُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ يُفْرَضُ، وَمَا هُوَ زِيَادَةٌ فِي مَعْنَى السَّرَفِ لَا يُفْرَضُ، وَمَا هُوَ مِنَ التَّوَسُّعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا وَلَكِنَّهُ عَادَتُهَا قَوْلَانِ. اهـ[١].

وَقَوْلُهُ: بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا. أَيْ: وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِغَيْرِهَا فَمُتَأَكِّدٌ، وَمَعَ ذَلِكَ هُوَ عَادَتُهَا هَذَا مَحِلُّ الْقَوْلَيْنِ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: وَلَا يَلْزَمُهُ مَا هُوَ مِنْ شَوْرَتِهَا الَّتِي هِيَ مِنْ صَدَاقِهَا مِنْ مَلْبَسٍ وَغِطَاءٍ وَوِطَاءٍ، وَلَهُ عَلَيْهَا الِاسْتِمْتَاعُ مَعَهَا بِهِ. اهـ[٢].

قَالَ مُقَيِّدُهُ عَفَا اللهُ عَنْهُ: قَوْلُ عَبْدِ الْمَلِكِ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ فِيمَا بِهِ الْحُكْمُ عِنْدَنَا، أَنَّ الزَّوْجَ لَا يُفْرَضُ عَلَيْهِ لِلزَّوْجَةِ عِنْدَ الْمُشَاحَّةِ اللِّبَاسُ وَالْفِرَاشُ إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ مُعْتَبَرًا حَتَّى تَطُولَ الْمُدَّةُ، وَيَغْلِبَ عَلَى الظَّنِّ تَلَاشِي شَوْرَتِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ قَلِيلاً جِدًّا، فَيُفْرَضُ ذَلِكَ عَلَيْهِ مِنْ حِينِهِ أَوْ قَلِيلاً لَا جِدًّا فَبَعْدَ السَّنَةِ وَنَحْوِهَا.

وَفِي ابْنِ عَرَفَةَ: وَوَاجِبُهَا مَا يَضُرُّ بِهَا فَقْدُهُ وَلَا يَضُرُّهُ، وَفِيمَا فَوْقَهُ مُعْتَادًا لِمِثْلِهَا غَيْرَ سَرَفٍ لَا يَضُرُّهُ خِلَافٌ، وَفِي تَعْيِينِهِ بِمُقْتَضَى مَحَلِّ قَابِلِهِ وَعَادَاتِهِ مَقَالَاتٌ، فَنِصْفُ مَأْكُولِهَا جُلُّ قُوتِ مِثْلِهِمَا بِبَلَدِهِمَا، يَفْرِضُ لَهَا مِنَ الطَّعَامِ مَا يَرَى أَنَّهُ الشِّبَعُ مِمَّا يَقْتَاتُ أَهْلُ بَلَدِهِمَا مِنَ الْبِلَادِ مَا لَا يُنْفِقُ أَهْلُهُ شَعِيرًا بِحَالِ غَنِيِّهِمْ وَلَا فَقِيرِهِمْ، وَمِنْهَا مِنْ ذَلِكَ عِنْدَهُمْ يُسْتَخَفُّ وَيُسْتَجَازُ، اُنْظُرْ كَلَامَهُ إِنْ شِئْتَ، فَقَدْ أَطَالَ فِي ذَلِكَ عَلَى عَادَتِهِ رَحِمَهُ اللهُ وَنَفَعَ بِهِ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: عَنْ أَحْمَدَ بْنِ نَصْرٍ: وَإِذَا فَرَضَ الْقَاضِي لِلْمَرْأَةِ نَفَقَتَهَا زَادَ فِي الرَّخَاءِ عَلَى رُبُعَيْنِ، وَيُنْقِصُ فِي الْغَلَاءِ الْمُفْرِطِ عَنْ رُبُعَيْنِ.

وَفِي مُفِيدِ ابْنِ هِشَامٍ: وَالنَّفَقَةُ فِي الْجَوْدَةِ وَالدَّنَاءَةِ وَالْقِلَّةِ وَالْكَثْرَةِ عَلَى قَدْرِ شَأْنِ الزَّوْجَيْنِ وَيَسَارِهِمَا، وَفِي الْمُدَّةِ هَلْ تَكُونُ شَهْرًا أَوْ سَنَةً عَلَى قَدْرِ يُسْرِ الزَّوْجِ خَاصَّةً، وَأَجَازَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَنْ يُفْرَضَ لِسَنَةٍ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: لَا يُفْرَضُ لِسَنَةٍ؛ لِأَنَّ الْأَسْوَاقَ تَحُولُ، وَأَرَى أَنْ يُوَسَّعَ فِي الْمُدَّةِ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مُوسِرًا وَلَمْ يُؤَدِّ إِلَى ضَرَرٍ، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مُوسِرًا فَالْأَشْهُرُ الثَّلَاثَةُ وَالْأَرْبَعَةُ، وَإِنْ كَانَ مُتَوَسِّطًا فَالشَّهْرُ وَالشَّهْرَانِ، وَإِنْ كَانَ ذَا صِنَاعَةٍ فَالشَّهْرُ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَعَلَى مَا يَرَى أَنَّهُ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَغْرَمَهُ. اهـ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَقُدِّرَتْ بِحَالِهِ مِنْ يَوْمٍ أَوْ جُمُعَةٍ أَوْ شَهْرٍ أَوْ سَنَةٍ. وَفِيهِ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٢.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٣٢.

أَيْضًا: وَيَجُوزُ إِعْطَاءُ الثَّمَنِ عَمَّا لَزِمَهُ[١].

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: الْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُؤَاخِذَ الزَّوْجُ بِمَا يُفْرَضُ عَلَيْهِ بِعَيْنِهِ أَوْ بِثَمَنِهِ.

وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ: لَهُ أَنْ يُعْطِيَهَا عَنْ جَمِيعِ لَوَازِمِهَا ثَمَنًا إِلَّا الطَّعَامَ فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَالْقَادِرُ بِالْكَسْبِ كَالْقَادِرِ بِالْمَالِ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْعَمَلِ. اهـ.

قَالَ مُقَيِّدُ هَذَا الشَّرْحِ -سَمَحَ اللهُ لَهُ بِفَضْلِهِ-: وَقَدْ وَجَدْتُ بِخَطِّ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ الْمُتَأَخِّرِينَ أَنَّ الَّذِي فَرَضَ بِفَاسَ فِي وَقْتِهِ الطَّبِيبُ أَبَا الْفَضْلِ قَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ شُهِرَ بِالْوَزِيرِ[٢]، وَقَدْ أَدْرَكْتُهُ مَاتَ فِي سَنَةِ تِسْعَ عَشْرَةَ وَأَلْفٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مِقْدَارِ النَّفَقَةِ فِي كُلِّ شَهْرٍ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي ذَلِكَ[٣]، فَأَجَابَ بِمَا نَصُّهُ: اعْلَمْ حَفِظَكَ اللهُ أَنَّ فَرْضَ الْمَرْءِ الْبَالِغِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى رُبُعَانِ مِنْ الدَّقِيقِ وَرُبُعٌ وَنِصْفٌ مِنْ الْفَحْمِ وَرِطْلٌ وَنِصْفٌ مِنْ السَّمْنِ، وَمِثْلُهُ مِنْ الْخَيْلَعِ وَالزَّبِيبِ وَالصَّابُونِ، فِي الضَّرُورِيَّاتِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْأُوقِيَّةِ، هَذَا فِي كُلِّ شَهْرٍ لِمَنْ يَكُونُ مُقِلاً بِحَسَبِ ثَمَنِ جَمِيعِ مَا ذُكِرَ، وَيُزَادُ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْأُوقِيَّةِ، وَيُعْطَى الْمُجْتَمِعُ فِي كُلِّ شَهْرٍ، وَالْعَدِيمُ يَتَسَاوَى مَعَ الْمُقِلِّ فِي الدَّقِيقِ، وَيُخَالِفُهُ فِيمَا عَدَاهُ يُنْقَصُ لَهُ مِنْ الْفَحْمِ نِصْفُ رُبُعٍ وَمِنْ السَّمْنِ نِصْفُ رِطْلٍ وَكَذَلِكَ فِيمَا بَعْدَهُ، وَالضَّرُورِيَّاتِ نِصْفُ أُوقِيَّةٍ بِحَسَبِ ذَلِكَ مَعَ مَا هُوَ مُعَيَّنٌ فِي الضَّرُورِيَّاتِ، وَيُعْطَى فِي كُلِّ شَهْرٍ، وَأَمَّا أَهْلُ الْبَادِيَةِ فَيُنْقَصُ لَهُمْ الْوُقُودُ وَالصَّابُونُ وَالزَّيْتُ، وَمَا عَدَاهُ يَلْزَمُهُمْ، وَنَفَقَةُ الْأَوْلَادِ إِذَا كَانَ الْوَلَدُ مِنْ سَبْعَةِ أَعْوَامٍ يُعْطَى لَهُ نِصْفُ نَفَقَةِ أُمِّهِ، وَإِذَا كَانَ مِنْ خَمْسَةٍ إِلَى سِتَّةٍ الثُّلُثُ، وَإِذَا كَانَ مِنْ عَشْرَةٍ إِلَى اثْنَيْ عَشَرَ الثُّلُثَانِ، وَالرَّضِيعُ أُوقِيَّةٌ فِي الشَّهْرِ، وَالْحَاضِنَةُ ثَمَنُ الْأُوقِيَّةِ فِي الشَّهْرِ، وَإِذَا كَانَتْ السُّنُونَ مُتَعَدِّدَةً، وَلَمْ يَعْلَمْ الْعَامَ الْغَالِيَ مِنْ الرَّاخِي يَتَوَخَّى الصَّلَاحَ وَالسَّدَادَ وَيَجْتَهِدُ، وَاللهُ الْمُوَفِّقُ. وَالْمَفْرُوضُ أَرْبَعَةٌ: غَنِيٌّ وَمُتَوَسِّطٌ وَمُقِلٌّ وَعَدِيمٌ، فَفَرْضُ عَامَّةِ النَّاسِ عِنْدَنَا رَفِيعًا أَوْ وَضِيعًا فَرْضُ

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٦.

(٢) قاسم بن محمد بن إبراهيم الغساني، الشهير بالوزير، طبيب عشاب، من العلماء، أندلسي الأصل، من أهل فاس، ولد سنة ٩٥٥ هـ، تفرد بمشيخة الطب فيها وفي مراكش، من كتبه (مغني اللبيب عن كتب أعداء الحبيب) و(حديقة الأزهار في شرح ماهية العشب والعقار) و(الروض المكنون) شرح به أرجوزة في الحميات والأورام، منسوبة إلى أبي موسى هارون بن إسحاق ابن عزرون، توفي سنة ١٠١٩ هـ. الأعلام للزركلي ٥/١٨٢.

(٣) هذا كله تقريب والمذهب هو اتباع الأعراف.

الِاسْتِغْلَالِ وَلَوْ كَانَ تَاجِرًا، إِلَّا إِذَا ثَبَتَ عُدْمُهُ فَيُفْرَضُ لَهُ فَرْضُ الْعَدِيمِ، وَأَمَّا الْغَنِيُّ وَالْمُتَوَسِّطُ فَلَيْسَ بِمَحْدُودٍ، وَلِذَلِكَ لَمْ أُبَيِّنْ لَكَ فَرْضَهُمَا، وَأَمَّا خِدْمَةُ النِّسَاءِ فِي الْبَادِيَةِ فَلَا يُفْرَضُ لَهُنَّ شَيْءٌ إِلَّا إِذَا كَانَتْ أَجِيرَةً لِأَجْنَبِيٍّ، فَيُفْرَضُ لَهَا أُجْرَةُ أَمْثَالِهَا، وَفِي الْحَضَانَةِ رُبُعُ الْأُوقِيَّةِ لِلرَّأْسِ بِزِيَادَةِ ثَمَنِ الْأُوقِيَّةِ عَلَى أَهْلِ الْحَاضِرَةِ، وَالسَّلَامُ.

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

الـــزَّوْجُ إنْ عَجَــزَ عَــنْ إنْفَــاقِ ... لِأَجَــلِ شَــهْرَيْنِ ذُو اسْــتِحْقَاقِ

بَعْــدَهُمَا الطَّــلَاقُ لَا مِــنْ فِعْلِــهِ ... وَعَــاجِزٌ عَــنْ كِــسْوَةٍ كَمِثْلِــهْ

وَلِاجْتِهَــادِ الْحَــاكِمِينَ يُجْعَــلُ ... فِي الْعَجْـزِ عَـنْ هَـذَا وَهَـذَا الْأَجَـلُ

وَذَاكَ مِــنْ بَعْــدِ ثُبُــوتِ مَــا يَجِــبْ ... كَمِثْــلِ عِـصْمَةٍ وَحَــالِ مَــنْ طَلَــبْ

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ إذَا عَجزَ عَنْ النَّفَقَةِ، يَعْنِي أَوْ الْكِسْوَةِ بِقَوْلِهِ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي يُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ شَهْرَيْنِ، أَوْ مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ كَمَا يَقُولُهُ فِي الْبَيْتِ الثَّالِثِ، فَإِذَا انْقَضَى الْأَجَلُ الْمَضْرُوبُ وَلَمْ يَجِدْ مَا عَجزَ عَنْهُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ، وَلِذَلِكَ قَالَ: إنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِ الزَّوْجِ، يَعْنِي بَلْ مِنْ فِعْلِ الْحَاكِمِ، وَهَذَا إذَا امْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ التَّطْلِيقِ، فَإِنَّ الْحَاكِمَ حِينَئِذٍ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ وَقِيلَ يَأْمُرُهَا بِهِ فَتُوقِعُهُ، وَأَمَّا ابْتِدَاءً فَالزَّوْجُ هُوَ الْمَأْمُورُ بِالتَّطْلِيقِ.

قَوْلُهُ: «وَلِاجْتِهَادِ الْحَاكَمَيْنِ...» الْبَيْتُ. يَعْنِي أَنَّ تَعْيِينَ مُدَّةِ الْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ فِي الْعَجْزِ عَنْ الْإِنْفَاقِ أَوْ الْكِسْوَةِ مَوْكُولٌ إلَى اجْتِهَادِ الْحَاكَمَيْنِ وَنَظَرِهِمَا، فَيُقَدَّرُ أَنَّهُ بِحَسَبِ مَا يَظْهَرُ لَهُمَا فِي كُلِّ نَازِلَةٍ نَازِلَةٍ، فَقَوْلُ هَذَا الْأَوَّلِ إشَارَةٌ إلَى الْإِنْفَاقِ، وَالثَّانِي إشَارَةٌ إلَى الْكِسْوَةِ، وَذَكَرَهُ بِاعْتِبَارِ اللِّبَاسِ، وَأَفَادَ بِهَذَا الْبَيْتِ أَنَّ التَّحْدِيدَ بِالشَّهْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ لَيْسَ لَازِمًا لَا يُعْدَلُ عَنْهُ، بَلْ هُوَ مِنْ جُمْلَةِ الْآجَالِ الَّتِي هِيَ مَوْكُولَةٌ إلَى اجْتِهَادِ الْقُضَاةِ، فَيُقَدِّرُونَهَا بِمَا ظَهَرَ، كَمَا قَالَ النَّاظِمُ أَوَّلَ الْكِتَابِ:

وَلِاجْتِهَــادِ الْحَــاكِمِ الْآجَــالُ ... مَوْكُولَــةٌ حَيْــثُ لَهَــا اسْــتِعْمَالُ

وَقَوْلُهُ: «وَذَاكَ مِنْ بَعْدِ ثُبُوتِ مَا يَجِبْ...» الْبَيْتُ. يَعْنِي أَنَّ مَا ذُكِرَ مِنْ التَّطْلِيقِ عَلَى الْمُعْسِرِ بِالنَّفَقَةِ إنَّمَا هُوَ بَعْدَ ثُبُوتِ مُوجِبِهِ مِنْ الْعِصْمَةِ، وَإِعْسَارِ الزَّوْجِ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: «وَحَالِ مَنْ طَلَبْ». فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ طُلِّقَ عَلَيْهِ لَكِنْ بَعْدَ تَلَوُّمٍ بِقَدْرِ اجْتِهَادِ الْقَاضِي، وَأَمَّا إنْ لَمْ يَثْبُتْ عُسْرُهُ فَهُوَ مَأْمُورٌ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: إمَّا النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ؛ وَإِمَّا الطَّلَاقُ وَتَلَوُّمٌ بِالِاجْتِهَادِ، فَهُوَ كَقَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: فَيَأْمُرُهُ الْقَاضِي وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ عُسْرُهُ بِالنَّفَقَةِ أَوْ

الْكِسْوَةِ أَوِ الطَّلَاقِ، وَإِلَّا تَلَوَّمَ بِالاجْتِهَادِ(١). ثُمَّ طَلَّقَ عَلَيْهِ، فَقَوْلُهُ: وَإِلَّا أَيْ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَا ذَكَرَهُ مِنْ عَدَمِ ثُبُوتِ عُسْرِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَثْبُتَ عُسْرُهُ فَلَا يُؤْمَرُ حِينَئِذٍ بِالطَّلَاقِ؛ إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي أَمْرِهِ بِمَا يُثْبِتُ عُسْرَهُ وَعَجْزَهُ عَنْهُ، فَيُطَلِّقُ عَلَيْهِ لَكِنْ بَعْدَ تَلَوُّمٍ يَرَاهُ الْقَاضِي كَمَا تَقَدَّمَ.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ: وَيَثْبُتُ لَهَا حَقُّ الْفَسْخِ بِالْعَجْزِ عَنِ النَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ لَا الْمَاضِيَةِ حُرَّيْنِ، أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ مَا لَمْ تَكُنْ عَلِمَتْ فَقْرَهُ قَبْلَ الْعَقْدِ، فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِالْإِنْفَاقِ أَوِ الطَّلَاقِ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ عَلَيْهِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ، وَرُوِيَ شَهْرٌ وَرُوِيَ شَهْرَانِ وَرُوِيَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَالصَّحِيحُ يَخْتَلِفُ بِالرَّجَاءِ. اهـ(٢). أَيْ فَمَنْ يُرْجَى زَوَالُ فَقْرِهِ يُتَلَوَّمُ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِ.

وَقَالَ الشَّارِحُ: يَسُوغُ أَنْ يُزَادَ فِي الْآجَالِ فِي حَقِّ بَعْضِ الْأَزْوَاجِ لِمَنْ يُرْجَى لَهُ الْوَجْدُ وَالسَّعَةُ، وَلَا يَكُونُ عَلَى زَوْجَتِهِ كَبِيرُ مَضَرَّةٍ فِي الْبَقَاءِ مَعَهُ لِانْتِظَارِ يَسْرَتِهِ، كَمَا أَنَّهُ يُنْقَصُ مِنْهُ لِمَنْ يُرْجَى لَهُ شَيْءٌ مَعَ تَضَرُّرِ زَوْجَتِهِ بِالْإِقَامَةِ دُونَ الْقِيَامِ بِحَقِّهَا بِحَسَبِ اجْتِهَادِ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ فِي إِفْرَادِ الْمَسَائِلِ، وَإِنَّمَا التَّأْجِيلُ بِالشَّهْرَيْنِ تَقْرِيرٌ لِمَا اسْتَمَرَّ عَلَيْهِ الْعَمَلُ مِنَ الْقُضَاةِ أَكْثَرَ مَا فِي حَقِّ عُمُومِ النَّاسِ. اهـ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَتَطْلُقُ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكِسْوَةِ. اهـ.

التَّوْضِيحُ: اللَّخْمِيُّ: وَكَذَلِكَ لَوْ عَجَزَ عَنِ الْغِطَاءِ وَالْوَطْءِ. أَشْهَبُ: وَيَسْتَأْنِي فِي الْكِسْوَةِ الشَّهْرَيْنِ وَنَحْوَهُمَا. اهـ.

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: فَمَنِ ادَّعَى الْعَجْزَ عَنِ النَّفَقَةِ، وَكَذَلِكَ عَنِ الْقُوتِ، وَعَمَّا يُوَارِي الْعَوْرَةَ مِنَ الْكِسْوَةِ وَادَّعَى الْعُدْمَ، فَلَا يُحْبَسُ حَتَّى تَقُومَ عَلَيْهِ شُبْهَةٌ يَظْهَرُ بِهَا لَدَدُهُ، وَعَلَيْهِ إِثْبَاتُ ذَلِكَ إِنْ نَاكَرَتْهُ الزَّوْجَةُ، فَإِذَا أَثْبَتَ ذَلِكَ حَلَفَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ، وَأَنَّ الَّذِي يُفْرَضُ عَلَيْهِ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، فَإِذَا حَلَفَ أُجِّلَ فِي الْكِسْوَةِ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى النَّفَقَةِ دُونَ الْكِسْوَةِ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ وَنَحْوِهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يُؤَجَّلُ إِلَّا دُونَ ذَلِكَ، وَذَلِكَ إِلَى اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ، وَإِذَا ثَبَتَ عُدْمُهُ، أَوْ أَقَرَّ بِالْعَجْزِ وَوَافَقَتْهُ الزَّوْجَةُ عَلَى ذَلِكَ، أَجَّلَهُ الْحَاكِمُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا الشَّهْرَ وَنَحْوَهُ وَتَكُونُ مَعَهُ فِي خِلَالِ التَّأَجُّلِ،

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٧.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٣٣.

وَلَا تَتْبَعُهُ بِنَفَقَةِ زَمَنَ الْإِعْسَارِ، وَإِنْ عُلِمَ لَهُ مَالٌ، أَوْ ظَهَرَ لَدَدُهُ كَانَ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَسْجُنَهُ، فَإِنْ وَجَدَ فِي خِلَالِ الْأَجَلِ مَا يُنْفِقُ عَلَيْهَا بَطَلَ حُكْمُهُ وَبَقِيَتْ زَوْجَةً، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ شَيْئًا وَدَعَتْ إِلَى الطَّلَاقِ، فَيَكْتُبُ فِي ذَلِكَ مَا نَصُّهُ: لَمَّا انْصَرَمَ الْأَجَلُ الْمُقَيَّدُ فَوْقَ هَذَا، أَوْ حَضَرَ عِنْدَ الْقَاضِي فُلَانٍ -وَفَّقَهُ اللهُ- الزَّوْجَانِ فُلَانٌ وَفُلَانَةُ، وَأَقَرَّ الزَّوْجُ فُلَانٌ بِاتِّصَالِ عِشْرَتِهِ وَأَنَّهُ لَمْ يَجِدْ مِنْهُ مَا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى زَوْجَتِهِ الْمَذْكُورَةِ، وَسَأَلَتْ مِنْهُ الزَّوْجَةُ النَّظَرَ لَهَا أَمَرَهُ بِالطَّلَاقِ فَأَبَى مِنْ ذَلِكَ وَثَبَتَتْ إِبَايَتُهُ عِنْدَهُ، فَطَلَّقَهَا عَلَيْهِ طَلْقَةً وَاحِدَةً يَمْلِكُ بِهَا رَجْعَتَهَا إِنْ أَيْسَرَ فِي عِدَّتِهَا، وَحَكَمَ بِذَلِكَ وَأَنْفَذَهُ بَعْدَ الْإِعْذَارِ إِلَيْهِمَا وَثُبُوتِ زَوْجِيَّتِهِمَا لَدَيْهِ، وَشُهِدَ عَلَى الْقَاضِي وَفَّقَهُ اللهُ بِمَا فِيهِ مِنْ ثُبُوتِ وَحُكْمِ مَنْ أَشْهَدَهُ الزَّوْجَانِ بِمَا فِيهِ عَنْهُمَا فِي كَذَا، وَإِنْ أَيْسَرَ فِي عِدَّتِهَا بِنَفَقَةِ الشَّهْرِ وَنَحْوِهِ وَمَا يَجِبُ مِنَ اللِّبَاسِ كَانَ أَمْلَكَ بِهَا. انْتَهَى.

وَفِي مُفِيدِ ابْنِ هِشَامٍ: وَلَوْ أَعْسَرَ بِنَفَقَتِهَا بَعْدَ الدُّخُولِ، أَوْ بَعْدَ أَنْ دُعِيَ إِلَى الْبِنَاءِ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَيْهَا وَأَرَادَتْ فِرَاقَهُ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا إِنْ طَلَبَتْ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يُؤَجَّلَ لَهُ مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا أَيَّامًا ثَلَاثَةً أَوْ جُمُعَةً، وَقِيلَ: ثَلَاثِينَ. وَقِيلَ: شَهْرَيْنِ، وَالتَّوْقِيتُ فِي هَذَا خَطَأٌ، وَإِنَّمَا فِيهِ اجْتِهَادُ الْحَاكِمِ عَلَى مَا يَرَاهُ مِنْ حَاجَةِ الْمَرْأَةِ وَصَبْرِهَا، وَالْجُوعُ لَا صَبْرَ عَلَيْهِ، وَالْفُرْقَةُ فِيهَا طَلْقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، فَإِنْ أَيْسَرَ فِي عِدَّتِهَا فَلَهُ رَجْعَتُهَا إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا، وَلَا تَلْزَمُهُ نَفَقَةُ مَا أَعْسَرَ بِهِ، وَلَا تَصِحُّ رَجْعَتُهُ إِلَّا بِالْيَسَارِ. اهـ.

ثُمَّ قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللهُ:

وَوَاجِدٌ نَفَقَةٍ وَمَا ابْتَنَى	وَعَنْ صَدَاقٍ عَجْزُهُ تَبَيَّنَا
تَأْجِيلُهُ عَامَانِ وَابْنُ الْقَاسِمِ	يَجْعَلُ ذَاكَ لِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا، ثُمَّ طُولِبَ بِالصَّدَاقِ فَعَجَزَ عَنْهُ لَكِنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى النَّفَقَةِ، فَإِنَّهُ يُؤَجَّلُ لِذَلِكَ سَنَتَيْنِ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ ذَلِكَ مَوْكُولٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْقَاضِي.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: وَإِذَا أَصْدَقَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ صَدَاقًا وَلَمْ يَجِدِ الصَّدَاقَ قَبْلَ دُخُولِهِ عَلَيْهَا وَيَجِدُ النَّفَقَةَ، فَإِنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ فِي ذَلِكَ أَجَلٌ قِيلَ لَهُ، فَإِنْ حَلَّ الْأَجَلُ وَلَوْ لَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ، قَالَ: يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ آخَرُ يُتَلَوَّمُ لَهُ فِيهِ، فَإِذَا اسْتَقْصَى التَّلَوُّمَ رَأَيْتُ أَنْ يُفَرَّقَ

بَيْنَهُمَا، وَلَيْسَ مَنْ تُرْجَى لَهُ تِجَارَةٌ تَأْتِيه أَوْ غَلَّةٌ كَالَّذِي لَا يُعْرَفُ لَهُ شَيْءٌ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ.

وَرُوِيَ عَنْ أَشْهَبَ: أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ فِي الصَّدَاقِ إِذَا كَانَ يُجْرِي النَّفَقَةَ أَجَلَ سَنَتَيْنِ.

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَا أَعْرِفُ سَنَةً وَلَا سَنَتَيْنِ، وَلَكِنْ قَدْ قَالَ مَالِكٌ: يَتَلَوَّمُ لَهُ تَلَوُّمًا بَعْدَ تَلَوُّمٍ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا. اهـ[١].

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلِلْمَرْأَةِ مَنْعُ نَفْسِهَا مِنَ الدُّخُولِ، وَمِنَ الْوَطْءِ بَعْدَهُ، وَمِنَ السَّفَرِ مَعَهُ حَتَّى تَقْبِضَ مَا وَجَبَ لَهَا مِنْ صَدَاقِهَا، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ تَلَوَّمَ لَهُ بِأَجَلٍ بَعْدَ أَجَلٍ، ثُمَّ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِطَلْقَةٍ، وَفِي نِصْفِ الصَّدَاقِ حِينَئِذٍ قَوْلَانِ[٢].

التَّوْضِيحُ: مَا وَجَبَ لَهَا أَيْ الْحَالُّ وَمَا حَلَّ، ثُمَّ قَالَ: إِذَا طُولِبَ الزَّوْجُ بِالصَّدَاقِ، فَإِنْ صَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِعْسَارِهِ، ضَرَبَ لَهُ الْأَجَلَ وَتَلَوَّمَ لَهُ، ثُمَّ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِطَلْقَةٍ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَيَخْتَلِفُ التَّلَوُّمُ فِيمَنْ يُرْجَى وَفِيمَنْ لَا يُرْجَى، أَيْ فَيُطَالُ فِي الْأَجَلِ فِي حَقِّ مَنْ يُرْجَى دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَيُؤَجِّلُهُ فِي إِثْبَاتِ عُسْرِهِ أَحَدًا وَعِشْرِينَ يَوْمًا: سِتَّةً، ثُمَّ سِتَّةً، ثُمَّ سِتَّةً، ثُمَّ ثَلَاثَةً، وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَطْلُبَهُ بِحَمِيلٍ بِوَجْهِهِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ فَلَهَا أَنْ تَسْجُنَهُ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ دَيْنٌ كَسَائِرِ الدُّيُونِ.

ثُمَّ قَالَ: وَذَكَرَ الْمُتَيْطِيُّ أَنَّ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُوَثِّقُونَ فِي مِقْدَارِ الْأَجَلِ ثَلَاثَةَ عَشَرَ شَهْرًا، سِتَّةُ أَشْهُرٍ، ثُمَّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، ثُمَّ شَهْرَانِ، ثُمَّ شَهْرٌ، وَنَقَلَهُ ابْنُ سَحْنُونٍ وَلِمَالِكٍ فِي الْمُخْتَصَرِ أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ السَّنَةُ وَالسَّنَتَانِ، ثُمَّ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ يُجْرِي النَّفَقَةَ وَإِذَا ضُرِبَ الْأَجَلُ، فَقَالَ ابْنُ مَالِكٍ فِي أَحْكَامِهِ: لَا يُعَدُّ الْيَوْمُ الَّذِي يُكْتَبُ فِيهِ الْأَجَلُ. خَلِيلٌ: وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يُخْتَلَفَ فِيهِ كَعُهْدَةِ السَّنَةِ وَالْكِرَاءِ وَنَحْوِهِمَا. ثُمَّ قَالَ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: وَفِي نِصْفِ الصَّدَاقِ حِينَئِذٍ قَوْلَانِ. أَيْ حِينَ التَّفَرُّقِ بِالْإِعْسَارِ بِالصَّدَاقِ. اهـ.

وَإِلَى هَذَا كُلِّهِ أَشَارَ فِي الْمُخْتَصَرِ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ أُجِّلَ لِإِثْبَاتِ عُسْرِهِ ثَلَاثَةَ أَسَابِيعَ، ثُمَّ تَلَوَّمَ لَهُ بِالنَّظَرِ وَعَمِلَ بِسَنَةٍ وَشَهْرٍ وَفِي التَّلَوُّمِ لِمَنْ لَا يُرْجَى، وَصُحِّحَ عَدَمُهُ تَأْوِيلَانِ،

---

(١) المدونة ٢/١٧٦.

(٢) جامع الأمهات ص ٢٨٠.

ثُمَّ طُلِّقَ عَلَيْهِ وَوَجَبَ نِصْفُهُ. اهـ.

ثُمَّ قَالَ:

وَزَوْجَةُ الْغَائِبِ حَيْثُ أَمَّلَتْ ... فِرَاقَ زَوْجِهَا بِشَهْرٍ أُجِّلَتْ

وَبِانْقِضَاءِ الْأَجَلِ الطَّلَاقُ مَعْ ... يَمِينِهَا وَبِاخْتِيَارِهَا يَقَعْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ غَابَ عَنْ زَوْجَتِهِ وَلَمْ يَتْرُكْ لَهَا نَفَقَةً وَأَرَادَتْ فِرَاقَهُ، فَإِنَّهَا تُؤَجَّلُ شَهْرًا، فَإِذَا انْقَضَى الشَّهْرُ خُيِّرَتْ فِي الْبَقَاءِ وَالطَّلَاقِ، فَإِنْ اخْتَارَتْهُ فَإِنَّهَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ بَعْدَ يَمِينِهَا أَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْ لَهَا نَفَقَةً وَلَا بَعَثَ بِهَا وَوَصَلَتْهَا، وَعَلَى كَوْنِهَا خُيِّرَتْ فَاخْتَارَتْ الطَّلَاقَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَبِاخْتِيَارِهَا يَقَعْ». رَدًّا عَلَى مَنْ يَقُولُ: إِنَّ الْقَاضِيَ يُطَلِّقُهَا عَلَيْهِ، وَيَأْتِي التَّصْرِيحُ بِهِ فِي آخِرِ كَلَامِ ابْنِ سَلْمُونٍ.

فَفِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ إِذَا رَفَعَتْ امْرَأَةٌ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّ زَوْجَهَا غَابَ عَنْهَا وَلَمْ يَتْرُكْ لَهَا شَيْئًا تُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهَا، وَأَثْبَتَتْ لَهُ مَالًا أَعْدَاهَا بِنَفَقَتِهَا فِيهِ، فَإِنْ لَمْ تُثْبِتْ لَهُ مَالًا يُعْدِيهَا فِيهِ، وَذَهَبَتْ إِلَى أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا عَلَيْهِ بِعَدَمِ النَّفَقَةِ وَهُوَ عَدِيمٌ أَوْ مَجْهُولُ الْحَالِ، فَإِنَّهُ يُتَلَوَّمُ لَهُ فَإِنْ أَتَى أَوْ وَجَدَتْ لَهُ مَالًا، وَإِلَّا طَلَّقَتْ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ النَّفَقَةِ لَا مِنْ جِهَةِ الْفَقْدِ كَمَا تَطْلُقُ عَلَى الْعَدِيمِ الْحَاضِرِ.

وَيَجِبُ فِي ذَلِكَ أَنْ تُثْبِتَ عُدْمَ الْغَائِبِ وَغَيْبَتَهُ، ثُمَّ يَسْتَأْنِي بَعْدَ ذَلِكَ كَمَا يَسْتَأْنِي عَلَى الْحَاضِرِ، ثُمَّ يُقْضَى عَلَيْهِ وَتُرْجَى لَهُ الْحُجَّةُ لِمَغِيبِهِ.

قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَتَحْلِفُ الْمَرْأَةُ بِاللهِ مَا تَرَكَ عِنْدَهَا النَّفَقَةَ، وَلَا أَرْسَلَ إِلَيْهِ شَيْئًا، وَوَصَلَ إِلَيْهَا وَلَا وَضَعَتْ عَنْهُ نَفَقَتَهَا. اهـ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: بَنَى ابْنُ فَتْحُونٍ وَثَائِقَهُ عَلَى تَلَوُّمِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا.

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ غَيْبَتُهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَلَمْ يَتْرُكْ مَالًا، فَإِنَّهَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ إِذَا دَعَتْ إِلَى ذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَقِيلَ: لَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تَجِبُ لَهَا حَتَّى تَطْلُبَهَا وَبِغَيْبَتِهِ عُدِمَ ذَلِكَ، ثُمَّ ذَكَرَ الْخِلَافَ فِي وُجُوبِ النَّفَقَةِ عَلَى الَّذِي غَابَ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَكَانَتْ غَيْبَتُهُ قَرِيبَةً دُونَ الْبَعِيدَةِ، فَتَلْزَمُهُ قَوْلًا وَاحِدًا إِنْ طَلَبَتْ الزَّوْجَةُ، ثُمَّ ذَكَرَ وَثِيقَةَ الْبَيِّنَةِ بِأَنَّهُ غَابَ وَلَمْ يَتْرُكْ لَهَا نَفَقَةً، ثُمَّ وَثِيقَةَ التَّأْجِيلِ بِالشَّهْرِ، ثُمَّ وَثِيقَةَ التَّطْلِيقِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الشَّهْرِ، وَنَصُّهَا: لَمَّا انْصَرَمَ الْأَجَلُ الْمُقَيَّدُ فِي كَذَا وَلَمْ يَئُبْ الزَّوْجُ الْمَذْكُورُ فِي كَذَا

لِزَوْجَتِهِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ مِنَ الْغَيْبَةِ الْمَشْهُودِ بِهَا فِي كَذَا، وَسَأَلَتِ الزَّوْجَةُ مِنَ الْقَاضِي فُلَانٍ وَفَّقَهُ اللهُ النَّظَرَ لَهَا فِي ذَلِكَ اقْتَضَى نَظَرُهُ إِحْلَافَهَا فَحَلَفَتْ بِحَيْثُ يَجِبُ، وَكَمَا يَجِبُ يَمِينًا قَالَتْ فِيهَا: بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ غَابَ عَنِّي زَوْجِي فُلَانٌ الْمَذْكُورُ فِي كَذَا الْغَيْبَةَ الْمَشْهُودَ بِهَا فِي كَذَا، وَلَا رَجَعَ مِنْ مَغِيبِهِ سِرًّا وَلَا جَهْرًا، وَتَرَكَنِي دُونَ نَفَقَةٍ وَلَا شَيْءَ أَمُونُ بِهِ نَفْسِي، وَلَا بَعَثَ إِلَيَّ بِشَيْءٍ فَوَصَلَنِي، وَلَا أَقَامَ لِي بِذَلِكَ كَفِيلاً وَلَا مَنْ يَنُوبُ عَنْهُ، وَلَا قَامَ عَنْهُ أَحَدٌ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا أَذِنْتُ لَهُ فِي سَفَرِهِ وَلَا رَضِيتُ بِالْمُقَامِ مَعَهُ دُونَ النَّفَقَةِ، وَلَا أَعْلَمُ مَالًا أُعْدِي لَهُ فِيهِ بِذَلِكَ، وَلَا أَنَّ عِصْمَةَ النِّكَاحِ انْفَصَلَتْ بَيْنِي وَبَيْنَهُ بِوَجْهٍ حَتَّى الْآنَ. وَلَمَّا كَمَّلَتْ يَمِينَهَا وَثَبَتَتْ لَدَيْهِ أَذِنَ لَهَا فِي تَطْلِيقِ نَفْسِهَا إِنْ شَاءَتْ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا عَلَيْهِ وَاحِدَةً قَبْلَ الْبِنَاءِ بِهَا مَلَكَتْ بِهَا أَمْرَ نَفْسِهَا، أَوْ بَعْدَ الْبِنَاءِ بِهَا طَلْقَةً رَجْعِيَّةً يَمْلِكُ بِهَا رَجْعَتَهَا إِنْ قَدِمَ مُوسِرًا فِي عِدَّتِهَا وَأَمَرَهَا بِالِاعْتِدَادِ مِنَ الْآنَ. وَإِرْجَاءُ الْحُجَّةِ لِلْغَائِبِ مَتَى قَدِمَ وَمَنْ حَضَرَ الْيَمِينَ الْمَنْصُوصَةَ وَاسْتَوْعَبَهَا مِنَ الْحَالِفِ وَيَعْرِفُ الْإِذْنَ فِيهَا وَفِي الطَّلَاقِ وَأَشْهَدَتْهُ الْحَالِفَةُ بِمَا فِيهِ عَنْهَا وَعَرَفَهَا قَيَّدَ بِذَلِكَ شَهَادَتَهُ فِي كَذَا، وَأَسْقَطَ ابْنُ فَتْحُونٍ أَذِنَ لَهَا فِي الطَّلَاقِ وَجَعَلَ فِي عِوَضِهِ فَطَلَّقَهَا، وَمَا ذَكَرْنَا أَصْوَبُ.اهـ.

وَعَلَى التَّنْبِيهِ عَلَى هَذَا الْأَصْوَبِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَبِاخْتِيَارِهَا يَقَعْ».

قَالَ ابْنُ عَاتٍ: وَالْمَعْنَى الْمَقْصُودُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ الْمُفَارِقَةُ، وَأَنَّ الْحَقَّ إِذَا كَانَ لِلْمَرْأَةِ خَالِصًا، فَإِنْفَاذُ الطَّلَاقِ مَوْكُولٌ إِلَيْهَا مَعَ إِبَاحَةِ الْحَاكِمِ ذَلِكَ لَهَا، وَنُسِبَ ذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ؛ لِأَنَّهُ الْحَاكِمُ بِهِ وَمُنَفِّذُهُ.

(فَرْعٌ) اُخْتُلِفَ إِذَا فُقِدَ الزَّوْجُ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَضَرَبَ الْحَاكِمُ الْأَجَلَ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَسَوَاءٌ تَزَوَّجَتْ أَمْ لَا، فَعَنْ مَالِكٍ أَنَّهَا تُعْطَى جَمِيعَ الصَّدَاقِ، وَبِهِ قَالَ سَحْنُونٌ وَابْنُ الْعَطَّارِ وَبِهِ الْقَضَاءُ، وَفِي الْجَلَّابِ أَنَّهَا تُعْطَى نِصْفَ الصَّدَاقِ فَقَطْ، فَإِنْ ثَبَتَ بَعْدَ ذَلِكَ وَفَاتُهُ أَكْمَلَ لَهَا صَدَاقَهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَضَى عَلَيْهِ مِنَ السِّنِينَ مَا لَا يَحْيَا إِلَى مِثْلِهِ، وَقَالَهُ عَبْدُ الْمَلِكِ وَابْنُ دِينَارٍ مِنَ التَّوْضِيحِ.

(فَرْعٌ) إِذَا تَطَوَّعَ أَحَدُ أَقَارِبِ الزَّوْجِ، أَوْ أَجْنَبِيٌّ بِالنَّفَقَةِ عَلَى زَوْجَةِ الْغَائِبِ، فَقَالَ أَبُو الْقَاسِمِ بْنُ الْكَاتِبِ[1]: لَهَا أَنْ تُفَارِقَ؛ لِأَنَّ الْفِرَاقَ قَدْ وَجَبَ لَهَا. وَقَالَ أَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ

---

(١) أبو القاسم عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الكناني، المعروف بابن الكاتب، من فقهاء القيروان المشاهير وحذاقهم، قال ابن سعدون: كان موصوفًا بالعلم والنظر والفقه وفضله مشهور. تفقه في مسائل مشتبهة=

الرَّحْمَنِ: لَا مَقَالَ لَهَا؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْفِرَاقِ هُوَ عَدَمُ النَّفَقَةِ وَقَدْ وَجَدْتُهَا. اهـ. مِنْ طُرَرِ سَيِّدِي أَحْمَدَ الْوَنْشَرِيسِيِّ عَلَى وَثَائِقِ الْقَشْتَالِيِّ.

ثُمَّ قَالَ:

وَمَـنْ عَـنْ الْإِخْـدَامِ عَجْـزُهُ ظَهَـرْ ... فَـلاَ طَـلاَقَ وَبِـذَا الْحُكْـمِ اشْـتَهَرَ

يَعْنِي أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا قَدَرَ عَلَى النَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ وَعَجَزَ عَنْ الْإِخْدَامِ مَعَ كَوْنِهِ وَزَوْجَتَهُ أَهْلاً لِلْإِخْدَامِ، فَفِي التَّطْلِيقِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ قَوْلَانِ، الْمَشْهُورُ مِنْهُمَا أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ.

قَالَ فِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَاخْتُلِفَ إِذَا عَجَزَ الزَّوْجُ عَنْ الْإِخْدَامِ هَلْ تَطْلُقُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ أَمْ لَا؟ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي رِوَايَةِ عِيسَى: لَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ. قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ وَبِهِ الْقَضَاءُ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ. اهـ.

وَجُمْلَةُ «عَجْزُهُ ظَهَرَ عَنْ الْإِخْدَامِ» صِلَةُ «مَنْ»، وَالرَّابِطُ ضَمِيرُ «عَجْزُهُ» وَ«فَلاَ طَلاَقَ» جَوَابُ «مَنْ».

=من المذهب، وحجّ، ولقيه أبو القاسم الطائي بمصر، وسأله عن فروق أجوبته في مسائل مشتبهة من المذهب، قال الطائي: وقد كان أعضل جوابها بكل من لقيته من علماء القيروان، وكان قويًّا في المناظرة. ولأبي القاسم كتاب كبير في الفقه نحو مائة وخمسين جزءًا. انظر: ترتيب المدارك ٢/ ٣٣.

فصل في أحكام المفقودين

جَمَعَهُمْ لِأَنَّهُمْ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ: مِنْهُمْ مَنْ يُفْقَدُ فِي أَرْضِ الْإِسْلَامِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُفْقَدُ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا إِمَّا فِي غَيْرِ حَرْبٍ أَوْ فِي حَرْبٍ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ حُكْمٌ يَخُصُّهُ.

ثُمَّ قَالَ:

وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْكُفْرِ	فِي غَيْرِ حَرْبٍ حُكْمُ مَنْ فِي الْأَسْرِ
تَعْمِيرُهُ فِي الْمَالِ وَالطَّلَاقُ	مُمْتَنِعٌ مَا بَقِيَ الْإِنْفَاقُ
وَكُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ مَالٌ حَرِيّ	بِأَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ كَالْمُعْسِرِ

الْمَفْقُودُ قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: مَنْ انْقَطَعَ خَبَرُهُ وَيُمْكِنُ الْكَشْفُ عَنْهُ[1].

خَرَجَ بِقَوْلِهِ: مَنْ انْقَطَعَ خَبَرُهُ. الْأَسِيرُ الَّذِي عُلِمَ خَبَرُهُ، وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ: وَيُمْكِنُ الْكَشْفُ عَنْهُ. الْمَحْبُوسُ الَّذِي لَا يُسْتَطَاعُ الْكَشْفُ عَنْهُ، فَإِنَّهُ لَا يُحْكَمُ لَهُ بِحُكْمِ الْمَفْقُودِ، وَالْحَدُّ شَامِلٌ لِلْحُرِّ وَالْعَبْدِ. قَالَهُ الرَّصَّاعُ[2].

وَاعْلَمْ أَنَّ الْمَفْقُودَ؛ إِمَّا أَنْ يُفْقَدَ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ، أَوْ فِي أَرْضِ الْإِسْلَامِ، وَبَدَأَ النَّاظِمُ بِالَّذِي يُفْقَدُ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ، وَسَيَقُولُ: وَمَنْ بِأَرْضِ الْمُسْلِمِينَ يُفْتَقَدْ... إِلَخْ.

وَقَسَّمَ الْمَفْقُودَ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ إِلَى مَنْ فُقِدَ فِي غَيْرِ حَرْبٍ، وَعَلَيْهِ تَكَلَّمَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ بِاعْتِبَارِ زَوْجَتِهِ وَمَالِهِ، وَأَدْمَجَ مَعَهُ حُكْمَ الْأَسِيرِ الْمَجْهُولِ الْحَيَاةِ بِاعْتِبَارِ زَوْجَتِهِ وَمَالِهِ أَيْضًا، فَأَخْبَرَ أَنَّ حُكْمَ الْمَفْقُودِ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ فِي غَيْرِ حَرْبٍ حُكْمُ الْأَسِيرِ، أَيِ الَّذِي لَمْ تُعْلَمْ حَيَاتُهُ مِنْ مَوْتِهِ، وَحُكْمُهُ أَنَّ الْمَالَ لَا يُوَرَّثُ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَيْهِ مِنَ السِّنِينَ مَا لَا يَعِيشُ إِلَى مِثْلِهِ، وَكَذَا لَا تَتَزَوَّجُ زَوْجَتُهُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ أَجَلِ التَّعْمِيرِ وَالْحُكْمِ بِمَوْتِهِ، فَكَذَلِكَ الْمَفْقُودُ بِأَرْضِ الْكُفْرِ فِي غَيْرِ حَرْبٍ لَا يُوَرَّثُ مَالُهُ، وَلَا تَتَزَوَّجُ زَوْجَتُهُ إِلَّا بَعْدَ التَّعْمِيرِ، فَقَوْلُهُ: «وَالطَّلَاقُ مُمْتَنِعٌ». يَعْنِي أَنَّ زَوْجَةَ الْمَفْقُودِ وَالْأَسِيرِ لَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ مَا دَامَتْ نَفَقَتُهَا مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ لَهُ مَالٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَوَّلِ وَهْلَةٍ، فَإِنَّهَا تَطْلُقُ عَلَيْهِ بِالْإِعْسَارِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَكُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ مَالٌ حَرِيّ...» الْبَيْتَ. فَهُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومٍ.

---

(١) التاج والإكليل ٤/١٥٥.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ١/٤٦٣.

قَوْلِهِ: «مُمْتَنِعٌ مَا بَقِيَ الْإِنْفَاقُ». إِلَّا أَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِهِ: «مَا بَقِيَ الْإِنْفَاقُ» أَنَّهُ مَهْمَا كَانَ عِنْدَهُ مَا تُنْفِقُ مِنْهُ فَلَهَا حُكْمُ الزَّوْجَةِ، فَتُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ وَلَا تَتَزَوَّجُ، وَلَوْ طَالَتْ السُّنُونَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِمَا قَبْلَ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ، أَمَّا إِذَا انْقَضَى أَجَلُ التَّعْمِيرِ وَحُكِمَ بِمَوْتِهِ، فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا حِينَئِذٍ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ؛ لِأَنَّهَا إِذْ ذَاكَ مُتَوَفًّى عَنْهَا، وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا، وَلَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ بَعْدَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ تَبْتَدِئُهَا مِنْ غَدِ يَوْمِ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ.

قَالَ فِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَأَمَّا الْأَسِيرُ، فَإِنْ كَانَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطٌ فِي الْمَغِيبِ طَوْعًا أَوْ كَرْهًا، فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا بِهِ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَرْطٌ وَلَا خَلَفَ لَهَا نَفَقَةً قَامَتْ بِعَدَمِهَا وَطَلَّقَهَا عَلَيْهِ الْإِمَامُ كَمَا تَطْلُقُ عَلَى الْحَاضِرِ، فَإِنْ كَانَ خَلَفَ لَهَا مَا تُنْفِقُ مِنْهُ عَلَيْهَا، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا عَلَيْهِ شَرْطٌ، فَلاَ تَتَزَوَّجُ أَبَدًا، وَيُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ حَتَّى يَثْبُتَ مَوْتُهُ أَوْ تُبْصِرَهُ طَائِعًا أَوْ يَنْقَضِيَ تَعْمِيرُهُ إِنْ جُهِلَ مَكَانُهُ، فَتَنْقَطِعُ النَّفَقَةُ عَنْهَا، وَعَمَّنْ كَانَ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَتَعْتَدُّ زَوْجَتُهُ وَتَتَزَوَّجُ وَيُقَسَّمُ مَالُهُ فِي ثُبُوتِ الْمَوْتِ أَوْ انْقِضَاءِ التَّعْمِيرِ. اهـ.

وَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ الْكَلاَمُ عَلَى حَدِّ التَّعْمِيرِ وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ وَبَقِيَتْ أُمُّ وَلَدِهِ وَمَالُهُ وَزَوْجَةُ الْأَسِيرِ وَزَوْجَةُ مَفْقُودِ أَرْضِ الشِّرْكِ لِلتَّعْمِيرِ[1]. وَالشَّاهِدُ لِمَسْأَلَتِنَا، أَعْنِي مَسْأَلَةَ الْمَفْقُودِ وَالْأَسِيرِ هُوَ قَوْلُهُ وَزَوْجَةُ الْأَسِيرِ وَزَوْجَةُ مَفْقُودِ أَرْضِ الشِّرْكِ، يَعْنِي وَمَالُهُمَا، فَقَوْلُهُ: «وَمَفْقُودٌ». عَطْفٌ عَلَى الْأَسِيرِ مَدْخُولٌ لِزَوْجَةٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ يَكُنْ فِي الْحَرْبِ فَالْمَشْهُورُ	فِي مَالِهِ وَالزَّوْجَةِ التَّعْمِيرُ
وَفِيهِ أَقْوَالٌ لَهُمْ مُعَيَّنَهْ	أَصَحُّهَا الْقَوْلُ بِسَبْعِينَ سَنَهْ
وَقَدْ أَتَى الْقَوْلُ بِضَرْبِ عَامِ	مِنْ حِينِ يَأْسٍ مِنْهُ لَا الْقِيَامِ
وَيُقْسَمُ الْمَالُ عَلَى مَمَاتِهِ	وَزَوْجَةٌ تَعْتَدُّ مِنْ وَفَاتِهِ
وَذَا بِهِ الْقَضَاءُ فِي أَنْدَلُسِ	لِمَنْ مَضَى فَمُقْتَفِيهِمْ مُؤْتَسِ

يَعْنِي الْمَفْقُودُ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ إِمَّا فِي غَيْرِ حَرْبٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَإِمَّا فِي حَرْبٍ وَعَلَيْهِ تَكَلَّمَ هُنَا، فَهُوَ تَصْرِيحٌ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: «وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْكُفْرِ فِي غَيْرِ حَرْبٍ». يَعْنِي

(١) مختصر خليل ص ١٣٢.

أَنَّ مَنْ فُقِدَ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ فِي الْحَرْبِ وَالْقِتَالِ مَعَ الْكُفَّارِ، فَفِيهِ قَوْلَانِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ النَّاظِمُ:

الْأَوَّلُ: أَنَّهُ يُعْمَلُ فِي الْمَالِ وَالزَّوْجَةِ كَالْمَفْقُودِ وَالْأَسِيرِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ، فَلاَ يُقَسَّمُ مَالُهُ، وَلَا تَتَزَوَّجُ زَوْجَتُهُ إِلَّا بَعْدَ أَجَلِ التَّعْمِيرِ وَالْحُكْمِ بِمَوْتِهِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «فَالْمَشْهُورُ فِي مَالِهِ وَالزَّوْجَةِ التَّعْمِيرُ».

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ سَنَةٍ بَعْدَ النَّظَرِ وَالْبَحْثِ عَنْهُ، فَإِذَا انْقَضَتْ السَّنَةُ وُرِّثَ مَالُهُ وَاعْتَدَّتْ زَوْجَتُهُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ الَّذِي اعْتَمَدَهُ الشَّيْخُ خَلِيلٌ حَيْثُ قَالَ: وَفِي الْمَفْقُودِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْكُفَّارِ تَعْتَدُّ بَعْدَ سَنَةٍ بَعْدَ النَّظَرِ[1]. وَإِلَى هَذَا الْقَوْلِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَقَدْ أَتَى الْقَوْلُ بِضَرْبِ عَامِ». وَمُبْتَدَأُ الْعَامِ مِنْ حَيْثُ الْيَأْسُ مِنْ خَبَرِهِ لَا مِنْ حِينِ قِيَامِ الزَّوْجَةِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «مِنْ حِينِ يَأْسٍ مِنْهُ لَا الْقِيَامِ».

فَإِذَا انْقَضَى الْعَامُ وَحُكِمَ بِمَوْتِهِ قُسِّمَ مَالُهُ وَاعْتَدَّتْ زَوْجَتُهُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «يُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَى مَمَاتِهِ...» الْبَيْتُ. فَقَوْلُهُ: «عَلَى مَمَاتِهِ». أَيْ عَلَى الْقَوْلِ بِتَمْوِيتِهِ إِذْ ذَاكَ، أَيْ لَا عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِتَعْمِيرِهِ، وَبِهَذَا الْقَوْلِ الْقَضَاءُ فِي بِلاَدِ الْأَنْدَلُسِ لِمَنْ مَضَى مِنْ الشُّيُوخِ، فَمَنْ عَمِلَ بِذَلِكَ فَهُوَ مُؤْتَسٍ وَمُقْتَدٍ بِهِمْ، وَلَمَّا ذَكَرَ النَّاظِمُ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ بِتَعْمِيرِهِ، ذَكَرَ إِثْرَهُ بَعْضَ مَا قِيلَ فِي التَّعْمِيرِ، وَأَخْبَرَ أَنَّ فِيهِ أَقْوَالًا لَهُمْ، لَكِنَّهُ لَمْ يَحْكِ مِنْهَا إِلَّا قَوْلًا وَاحِدًا وَهُوَ سَبْعُونَ سَنَةً، وَقَالَ: إِنَّهُ أَصَحُّهَا.

وَفِي ابْنِ الْحَاجِبِ أَنَّ مَفْقُودَ الْمُعْتَرَكِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْكُفَّارِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: أَنَّهُ كَالْأَسِيرِ لَا تَتَزَوَّجُ زَوْجَتُهُ وَلَا يُقَسَّمُ مَالُهُ حَتَّى يُعْلَمَ مَوْتُهُ، أَوْ يَأْتِيَ عَلَيْهِ مِنْ الزَّمَانِ مَا لَا يَعِيشُ إِلَى مِثْلِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ كَالْمَفْقُودِ فِي أَرْضِ الْإِسْلاَمِ فِي مَالِهِ وَزَوْجَتِهِ، فَيُعَمَّرُ فِي مَالِهِ وَيُضْرَبُ لِزَوْجَتِهِ أَجَلُ أَرْبَعِ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدُّ كَعِدَّةِ الْوَفَاةِ.

الْقَوْلُ الثَّالِثُ: تَعْتَدُّ بَعْدَ سَنَةٍ بَعْدَ النَّظَرِ[2]. وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الثَّانِي فِي النَّظْمِ، وَعَلَيْهِ ذَهَبَ خَلِيلٌ كَمَا تَقَدَّمَ، وَنَقَلَ فِي التَّوْضِيحِ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ أَنَّ فِي حَدِّ التَّعْمِيرِ سِتَّةَ أَقْوَالٍ،

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٢.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٣٠.

اقْتَصَرَ فِي مُخْتَصَرِهِ عَلَى ثَلاَثَةٍ مِنْهَا، فَقَالَ: وَهُوَ سَبْعُونَ سَنَةً[1]. وَاخْتَارَ الشَّيْخَانِ ثَمَانِينَ وَحَكَمَ بِخَمْسٍ وَسَبْعِينَ.

ثُمَّ قَالَ:

وَمَــنْ بِــأَرْضِ الْمُسْلِمِينَ يُفْقَــدُ فَــأَرْبَعٌ مِــنَ الــسِّنِينَ الأَمَــدُ

وَبِاعْتِدَادِ الزَّوْجَـةِ الْحُكْـمُ جَـرَى مُبَعَّــضًا وَالــمَالُ فِيــهِ عُمِّــرَا

لَمَّا تَكَلَّمَ عَلَى المَفْقُودِ فِي أَرْضِ الْكُفْرِ بِقِسْمَيْهِ، أَيْ فِي غَيْرِ حَرْبٍ أَوْ فِي حَرْبٍ، تَكَلَّمَ هُنَا عَلَى المَفْقُودِ فِي أَرْضِ الإِسْلاَمِ فِي غَيْرِ حَرْبٍ، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ يُفْصَلُ بَيْنَ زَوْجَتِهِ وَمَالِهِ، فَأَمَّا زَوْجَتُهُ فَيُضْرَبُ لَهَا أَجَلُ أَرْبَعِ سِنِينَ بَعْدَ الْعَجْزِ عَنْ خَبَرِهِ تَعْتَدُّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، ثُمَّ تَتَزَوَّجُ إِنْ شَاءَتْ، وَأَمَّا مَالُهُ فَلاَ يُوَرَّثُ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَيْهِ مِنَ السِّنِينَ مَا لاَ يَعِيشُ إِلَى مِثْلِهِ.

قَالَ فِي الرِّسَالَةِ: وَالمَفْقُودُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ تَرْفَعُ ذَلِكَ، وَيَنْتَهِي الْكَشْفُ عَنْهُ، ثُمَّ تَعْتَدُّ كَمُعْتَدَّةِ المَيِّتِ، ثُمَّ تَتَزَوَّجُ إِنْ شَاءَتْ، وَلاَ يُوَرَّثُ مَالُهُ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَيْهِ مِنَ الزَّمَانِ مَا لاَ يَعِيشُ إِلَى مِثْلِهِ. اهـ[2].

فَقَوْلُهُ: «وَبِاعْتِدَادِ الزَّوْجَةِ...» الْبَيْتُ. يَعْنِي أَنَّ الْحُكْمَ جَرَى فِي المَفْقُودِ بِأَرْضِ الإِسْلاَمِ مُبَعَّضًا بِسَبَبِ اعْتِدَادِ الزَّوْجَةِ بَعْدَ الأَرْبَعِ سِنِينَ وَحِلِّيَّتِهَا لِلأَزْوَاجِ بَعْدَهَا، وَتَعْمِيرِهِ فِي المَالِ فَلَمْ يُعَمَّرْ فِي الْجَمِيعِ وَلاَ ضُرِبَ لَهُ الأَجَلُ فِي الْجَمِيعِ، بَلْ عُمِّرَ فِي المَالِ وَضُرِبَ لِزَوْجَتِهِ الأَجَلُ فَيُحْكَمُ بِمَوْتِهِ بِاعْتِبَارِ الزَّوْجَةِ وَبِحَيَاتِهِ بِاعْتِبَارِ المَالِ، وَهَذَا هُوَ التَّبْعِيضُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللهُ:

وَحُكْـمُ مَفْقُــودٍ بِــأَرْضِ الْفِــتَنِ فِي الـمَالِ وَالزَّوْجَـةِ حُكْـمُ مَـنْ فَنِـيَ

مَــعَ التَّلَــوُّمِ لِأَهْــلِ المَلْحَمَــهْ بِقَــدْرِ مَــا تَنْــصَرِفُ المُنْهَزِمَــهْ

فَــإِنْ نَــأَتْ أَمَــاكِنُ المَلاَحِــمِ تَـرَبُّصَ الْعَـامَ لَـدَى ابْـنِ الْقَاسِـمِ

وَأَمَــدُ الْعِــدَّةِ فِيــهِ إِنْ شُــهِدْ أَنْ قَــدْ رَأَى الــشُّهُودُ فِيهَـا مَـنْ فُقِـدْ

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٢.

(٢) الرسالة ص ٩٥.

هَذَا هُوَ الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنْ أَقْسَامِ المَفْقُودِ بِأَرْضِ المُسْلِمِينَ فِي وَقْتِ الحَرْبِ بَيْنَهُمْ، وَهُوَ المَفْقُودُ فِي الْفِتَنِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ المُسْلِمِينَ، وَذَكَرَ النَّاظِمُ عَلَى ظَاهِرِ لَفْظِهِ أَنَّ فِيهِ قَوْلًا وَاحِدًا بِالتَّفْصِيلِ إِنْ لَمْ تَبْعُدْ أَمَاكِنُ المَلْحَمَةِ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ مَاتَ حَاضِرًا فِي المَالِ وَالزَّوْجَةِ، فَيُورَّثُ مَالُهُ وَتَعْتَدُّ زَوْجَتُهُ، وَلَا يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ، وَإِنَّمَا يَتَلَوَّمُ الْإِمَامُ لِزَوْجَتِهِ بِقَدْرِ انْصِرَافِ مَنْ انْصَرَفَ وَانْهِزَامِ مَنْ انْهَزَمَ، ثُمَّ تَعْتَدُّ وَتَتَزَوَّجُ، وَإِنْ بَعُدَتْ أَمَاكِنُ المَلْحَمَةِ الَّتِي فُقِدَ فِيهَا عَنْ بَلَدِهِ كَإِفْرِيقِيَّةَ وَنَحْوِهَا، انْتَظَرَتْ زَوْجَتُهُ سَنَةً وَالْعِدَّةُ دَاخِلَةٌ فِي السَّنَةِ، هَذَا إِنْ رَأَى المَفْقُودَ فِي المَعْرَكَةِ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِمَوْتِهِ، هَذَا مَقْصُودُهُ وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُ لَفْظِهِ أَنَّ الَّذِينَ رَأَوْهُ فِي المَلْحَمَةِ لَمْ يَشْهَدُوا، وَإِنَّمَا نُقِلَتْ الشَّهَادَةُ عَنْهُمْ لِقَوْلِهِ: «إِنْ شُهِدَ» أَنْ قَدْ رَأَى الشُّهُودُ وَالْأَمْرُ قَرِيبٌ، فَقَوْلُهُ: «مَنْ فَنِيَ». أَيْ: مَنْ مَاتَ فِي بَلَدِهِ، وَ«نَأَتْ» مَعْنَاهُ بَعُدَتْ وَ«لَدَى» بِمَعْنَى عِنْدَ، «وَأَمَدُ الْعِدَّةِ» فِيهِ، أَيْ دَاخِلٌ فِي الْعَامِ، وَ«شُهِدَ» بِالْبِنَاءِ لِلنَّائِبِ الَّذِي هُوَ «أَنْ قَدْ رَأَى»، وَ«الشُّهُودُ» فَاعِلُ رَأَى، وَ«مَنْ فُقِدْ» مَفْعُولُهُ، وَضَمِيرُ فِيهَا لِلْمَلْحَمَةِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: فِي المَفْقُودِ فِي الْفِتَنِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ المُسْلِمِينَ أَنَّ ابْنَ الحَاجِبِ حَكَى فِيهِ أَرْبَعَةَ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ: لِمَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ زَوْجَتَهُ تَعْتَدُّ مِنْ يَوْمِ الْتِقَاءِ الصَّفَّيْنِ، وَكَانَ أَشْبَاهُ ذَلِكَ فِيمَا مَضَى يَوْمَ صِفِّينَ وَالْحَرَّةِ.

الثَّانِي: لِأَصْبَغَ يُضْرَبُ لِامْرَأَتِهِ بِقَدْرِ مَا يُسْتَقْصَى أَمْرُهُ وَيَسْتَبِينُ خَبَرُهُ، وَلَيْسَ لِذَلِكَ حَدٌّ مَعْلُومٌ.

ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: وَجَعَلَهُ المُصَنِّفُ خِلَافًا لِلْأَوَّلِ، وَجَعَلَهُ بَعْضُهُمْ تَفْسِيرًا لَهُ.

الثَّالِثُ: لِابْنِ الْقَاسِمِ: تَتَرَبَّصُ زَوْجَتُهُ سَنَةً ثُمَّ تَعْتَدُّ.

الرَّابِعُ: أَنَّ الْعِدَّةَ دَاخِلَةٌ فِي السَّنَةِ.

قَالَ فِي المُقَدِّمَاتِ: وَهُوَ الصَّوَابُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلَوَّمَ لَهُ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ حَيًّا، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ لَهُ خَبَرٌ حُمِلَ عَلَى أَنَّهُ قُتِلَ فِي المَعْرَكَةِ.

وَفِي الْعُتْبِيَّةِ: خَامِسٌ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَا قَرُبَ مِنْ الدِّيَارِ يَتَلَوَّمُ الْإِمَامُ لِزَوْجَتِهِ بِاجْتِهَادِهِ بِقَدْرِ انْصِرَافِ مَنْ انْصَرَفَ وَانْهِزَامِ مَنْ انْهَزَمَ، ثُمَّ تَعْتَدُّ وَتَتَزَوَّجُ، وَبَيْنَ مَا بَعُدَ مِثْلُ

إفْرِيقِيَّةَ، وَنَحْوِهَا تَمْكُثُ زَوْجَتُهُ سَنَةً، فَأَدْخَلَ نَظَرَ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْقُرْبِ وَالْبُعْدِ.

وَفِي المَوَّازِيَّةِ: سَادِسٌ: إِنْ كَانَ بَعِيدًا فَحُكْمُهُ كَالمَفْقُودِ تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَةَ أَعْوَامٍ.

اللَّخْمِيُّ: مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعِدَّةَ مِنْ يَوْمِ الْتِقَاءِ الصَّفَّيْنِ وَرَّثَ مَالَهُ حِينَئِذٍ، وَمَنْ جَعَلَ لِزَوْجَتِهِ التَّرَبُّصَ وَقَفَ مَالُهُ إِلَى التَّعْمِيرِ، وَاخْتُلِفَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ زَوْجَتَهُ تَتَرَبَّصُ سَنَةً، فَقِيلَ يُوَرَّثُ مَالُهُ ذَلِكَ الْوَقْتَ، وَقِيلَ: يُوقَفُ مَالُهُ إِلَى التَّعْمِيرِ.

قَالَ فِي المُقَدِّمَاتِ: وَهَذَا الخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ إِذَا شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ أَنَّهُ شَهِدَ المُعْتَرَكَ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ إِنَّمَا رَأَوْهُ خَارِجًا مَعَ الْعَسْكَرِ وَلَمْ يَرَوْهُ فِي المُعْتَرَكِ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ المَفْقُودِ فِي زَوْجَتِهِ وَمَالِهِ بِاتِّفَاقٍ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: فَحُكْمُهُ حُكْمُ المَفْقُودِ. أَيْ تُؤَجَّلُ زَوْجَتُهُ أَرْبَعَ سِنِينَ وَيَبْقَى مَالُهُ لِلتَّعْمِيرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ فِي التَّوْضِيحِ مَعَ التَّرَدُّدِ فِي كَوْنِ الثَّانِي تَفْسِيرًا لَهُ أَوْ خِلَافًا، ذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ حَيْثُ قَالَ: وَاعْتَدَّتْ فِي كَمَفْقُودِ المُعْتَرَكِ بَيْنَ المُسْلِمِينَ بَعْدَ انْفِصَالِ الصَّفَّيْنِ، وَهَلْ يَتَلَوَّمُ وَيَجْتَهِدُ؟ تَفْسِيرَانِ وَوُرِّثَ مَالُهُ وَحِينَئِذٍ[1].

وَعَلَى مَا تَقَدَّمَ عَنْ ابْنِ الحَاجِبِ وَالتَّوْضِيحِ عَنْ الْعُتْبِيَّةِ، يَكُونُ قَوْلُهُ فِي النَّظْمِ، فَإِنْ نَأَتْ أَمَاكِنُ المَلَاحِمِ قَوْلًا ثَالِثًا مُسْتَقِلًّا، لَا مِنْ تَمَامِ الْأَوَّلِ كَمَا يَظْهَرُ مِنْ النَّظْمِ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ: «إِنْ شُهِدَ...» إلَخْ. تَقْيِيدًا لِمَحَلِّ الخِلَافِ كَمَا قَالَ فِي المُقَدِّمَاتِ، لَا شَرْطًا فِي مَسْأَلَةِ مَا إِذَا بَعُدَتْ أَمَاكِنُ المَلَاحِمِ كَمَا يَظْهَرُ مِنْ النَّظْمِ أَيْضًا، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٢.

فصل في الحضانة

ابْنُ عَرَفَةَ: الْحَضَانَةُ هِيَ مَحْصُولُ قَوْلِ الْبَاجِيِّ: حِفْظُ الْوَلَدِ فِي مَبِيتِهِ وَمُؤْنَةُ طَعَامِهِ وَمَلْبَسِهِ وَمَضْجَعِهِ وَتَنْظِيفُ جِسْمِهِ[١].

الرَّصَّاعُ: المَصْدَرُ مُضَافٌ لِلْمَفْعُولِ، وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنْ يُحْفَظَ الْوَلَدُ، وَبِنَاءُ المَصْدَرِ مِنَ المَفْعُولِ فِيهِ خِلَافٌ، وَقَصَرَ الْحِفْظَ لِلْحَاضِنِ عَلَى مَا ذَكَرَ فَلاَ نَظَرَ لَهُ فِي غَيْرِ هَذَا، فَإِنْ كَانَ لِلْمَحْضُونِ أَبٌ، فَيَنْظُرُ لَهُ فِي غَيْرِ هَذَا مِنْ مَالِهِ وَتَعْلِيمِهِ الصَّنْعَةَ وَتَزْوِيجِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، حَتَّى إِنَّ خِتَانَ المَحْضُونِ يَكُونُ عِنْدَ أَبِيهِ وَيُرَدُّ إِلَى الْأُمِّ، وَالرُّقَاد اخْتَارَ بَعْضُ الشُّيُوخِ أَنَّهُ يَكُونُ عِنْدَ الْأُمِّ[٢]. وَأَمَّا زِفَافُ الْأُنْثَى لِدَارِ زَوْجِهَا فَمِنْ عِنْدِ أُمِّهَا، قَالَهُ فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَالَ النَّاظِمُ:

الحَقُّ لِلْحَاضِنِ فِي الحَضَانَهْ ... وَحَالُ هَذَا القَوْلِ مُسْتَبَانَهْ

لِكَوْنِهِ يُسْقِطُهَا فَتَسْقُطْ ... وَقِيلَ بِالْعَكْسِ فَمَا إِنْ تَسْقُطْ

يَعْنِي أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي الْحَضَانَةِ، هَلْ هِيَ حَقٌّ لِلْحَاضِنِ؟ وَعَلَيْهِ إِذَا أَسْقَطَهَا سَقَطَتْ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ إِذَا أَسْقَطَهُ يَسْقُطُ، قِيلَ: إِنَّهَا حَقٌّ لِلْمَحْضُونِ، وَهُوَ مُرَادُهُ بِالْعَكْسِ، وَعَلَيْهِ فَلاَ تَسْقُطُ إِنْ أَسْقَطَهَا، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ فِي قَوْلِهِ: «فَمَا إِنْ تَسْقُطْ». إِنْ زَائِدَةٌ، وَفِي المَسْأَلَةِ قَوْلَانِ آخَرَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا لَهُمَا مَعًا؛ وَالثَّانِي: أَنَّهَا حَقُّ اللهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، وَعَلَيْهِ فَلاَ تَسْقُطُ أَيْضًا إِنْ أَسْقَطَهَا الْحَاضِنُ.

التَّوْضِيحُ: عَنْ اللَّخْمِيِّ: كُلُّ مَنْ ذَكَرَ أَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْحَضَانَةِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ فِي ذَلِكَ مِنْ أَبٍ أَوْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ لِكُلٍّ حَنَانًا وَعَطْفًا مَا خَلاَ الْأُمَّ، فَاخْتُلِفَ هَلْ تُجْبَرُ أَمْ لَا، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لَهَا أَوْ لَهُ؟

ابْنُ مُحْرِزٍ: وَالصَّوَابُ عِنْدِي أَنَّهُ حَقٌّ سَوَاءٌ بَيْنَ الْحَاضِنَةِ وَالمَحْضُونِ.

قَالَ فِي الطُّرَرِ: عَنْ ابْنِ مُحْرِزٍ: وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي الْحَضَانَةِ هَلْ هِيَ حَقٌّ لِلأُمِّ أَوْ لِلْوَلَدِ عَلَى الْأُمِّ؟ وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ هُوَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ حَقًّا لَهَا جَازَ تَرْكُهَا لَهُ وَانْتَقَلَ إِلَى غَيْرِهَا، وَإِذَا

---

(١) الفواكه الدواني للنفراوي ٣/ ١٠٧١، ومواهب الجليل ٥/ ٥٩٣.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٤٨٢.

كَانَ حَقًّا لِلْوَلَدِ لَزِمَهَا، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا تَرْكُهُ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ، قَالَ ابْنُ مُحْرِزٍ: وَالصَّوَابُ مِنْ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْحَاضِنِ وَالْمَحْضُونِ.

قَالَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ: وَالْقَوْلُ الَّذِي اخْتَارَهُ ابْنُ مُحْرِزٍ هُوَ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ تَطَّرِدُ فِيهِ الْفُرُوعُ الْوَارِدَةُ فِي هَذَا الْبَابِ، قَالَ: فَمَا يُؤَيِّدُ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ كَوْنُ الْحَاضِنِ لَا تَجِبُ لَهُ أُجْرَةٌ عَلَى مُجَرَّدِ الْحَضَانَةِ فِي الْقَوْلِ الْمَشْهُورِ، فَلَوْ لَمْ تَكُنْ حَقًّا لَهُ لَفُرِضَتْ عَلَيْهِ الْأُجْرَةُ، فَتَأَمَّلْهُ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) قَوْلُهُمْ: لَا أُجْرَةَ لِلْحَضَّانَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ. مَعْنَاهُ: لَا أُجْرَةَ لَهَا عَلَى مُجَرَّدِ الْحَضَانَةِ، وَأَمَّا خِدْمَتُهَا لِلْمَحْضُونِ كَطَبْخِ طَعَامِهِ وَطَحْنِ دَقِيقِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ، فَإِنَّ لَهَا الْأُجْرَةَ عَلَى ذَلِكَ، وَلِهَذَا زَادَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ قَوْلَهُ: لِأَجْلِهَا. بَعْدَ قَوْلِهِ: وَلَا شَيْءَ لِلْحَاضِنِ[1]. فَنَبَّهَ بِهِ عَلَى أَنَّ عَدَمَ اسْتِحْقَاقِهَا لِلأُجْرَةِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا عَمَلٌ سِوَى الْحَضَانَةِ وَحْدَهَا، وَهِيَ النَّظَرُ فِي مَصَالِحِ ذَاتِ الْمَحْضُونِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي حَدِّ الْحَضَانَةِ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ تَخْدِمُ الْمَحْضُونَ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْأُجْرَةُ وَهُوَ كَذَلِكَ، وَقِيلَ: لَهَا النَّفَقَةُ. وَإِنْ زَادَتْ عَلَى الْأُجْرَةِ.

ابْنُ عَرَفَةَ: اللَّخْمِيُّ: لِلأُمِّ الْحَاضِنَةِ الْفَقِيرَةِ النَّفَقَةُ عَلَى وَلَدِهَا الْيَتِيمِ، فَإِنْ كَانَتْ مُوسِرَةً فَقَالَ مَالِكٌ: لَا نَفَقَةَ لَهَا، وَقَالَ مَرَّةً: لَهَا إِنْ قَامَتْ عَلَيْهِمْ. وَقَالَ أَيْضًا: تُنْفِقُ بِقَدْرِ حَضَانَتِهَا إِنْ كَانَ لَا بُدَّ لَهُمْ مِنْ حَاضِنٍ جَعَلَ لَهَا فِي هَذَا الْقَوْلِ الْأُجْرَةَ دُونَ النَّفَقَةِ، وَأَرَى إِنْ تَأَيَّمَتْ لِأَجْلِهِمْ وَهِيَ الْقَائِمَةُ بِأَمْرِهِمْ كَانَ لَهَا النَّفَقَةُ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى الْأُجْرَةِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ تَزَوَّجَتْ أَتَى مَنْ يُنْفِقُ عَلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ تَتَأَيَّمْ لِأَجْلِهِمْ، أَوْ كَانَتْ فِي سِنٍّ مَنْ لَا يَتَزَوَّجُ فَلَهَا الْأُجْرَةُ، وَإِنْ كَانَتْ دُونَ نَفَقَتِهَا، وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَنْ يَخْدُمُهُمْ، أَوِ اسْتَأْجَرَتْ لَهُمْ مَنْ يَخْدُمُهُمْ، وَإِنَّمَا هِيَ نَاظِرَةٌ لَهُمْ، فَلَا شَيْءَ لَهَا. اهـ[2].

وَمِمَّا يَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي فِي مَحْضُونٍ لَيْسَ لَهُ إِلَّا دَارٌ، أَرَادَتْ جَدَّتُهُ لِأُمِّهِ حَضَانَتَهُ وَبَيْعَهَا وَالْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَتِهَا، وَأَرَادَتْ جَدَّتُهُ لِأَبِيهِ حَضَانَتَهُ عَلَى أَنْ تُنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهَا وَتُبْقِيَ لَهُ دَارَهُ، فَقِيلَ: جَدَّةُ الْأُمِّ أَوْلَى. وَقِيلَ: جَدَّةُ الْأَبِ، وَهُمَا عَلَى أَنَّ الْحَقَّ لِلْحَاضِنَةِ أَوْ لِلْمَحْضُونِ، وَمِنْ هَذَا الْمَعْنَى مَا سُئِلَ عَنْهُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ فِي بِنْتَيْنِ كَانَتَا فِي حَضَانَةِ جَدَّتِهِمَا لِلأُمِّ فَمَاتَ أَبُوهُمَا، وَأَوْصَى بِهِمَا إِلَى شَقِيقَتِهِ وَتَحْتَ إِشْرَافِ زَوْجِهَا،

(١) مختصر خليل ص ١٣٩.

(٢) مواهب الجليل ٥/٦٠٥.

فَالْتَزَمَتْ الْعَمَّةُ نَفَقَتَهُمَا وَكِسْوَتَهُمَا مِنْ مَالِ نَفْسِهَا مِنْ غَيْرِ رُجُوعٍ عَلَيْهِمَا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهَا الْحَضَانَةُ وَامْتَنَعَتْ الْجَدَّةُ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ بَقِيَتَا عِنْدَ الْجَدَّةِ ذَهَبَ مَالُهُمَا. فَأَجَابَ: بِأَنَّ الصَّوَابَ نَقْلُ الْحَضَانَةِ إِلَى الْعَمَّةِ إِنْ لَمْ يُعْلَمْ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَى الْبِنْتَيْنِ، وَلَا نَقْصٌ مُرْفَقٌ فِي الْكَفَالَةِ وَالْقِيَامِ بِالْمُؤْنَةِ وَالْخِدْمَةِ لِظُهُورِ الْمَصْلَحَةِ الْعُظْمَى لِلْبِنْتَيْنِ بِصَوْنِ مَالِهِمَا، ثُمَّ رَجَّحَ ذَلِكَ بِوُجُوهٍ نَقَلَهَا الشَّارِحُ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: وَهِيَ إِلَى الاثِّغَارِ فِي الدُّخُولِ.

ثُمَّ قَالَ:

وَصَرْفُهَا إِلَى النِّسَاءِ أَلْيَقُ	لِأَنَّهُنَّ فِي الْأُمُورِ أَشْفَقُ
وَكَوْنُهُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الرَّحِمِ	شَرْطٌ لَهُنَّ وَذَوَاتُ مَحْرَمِ

يَعْنِي أَنَّ صَرْفَ الْحَضَانَةِ وَجَعْلَهَا لِلنِّسَاءِ أَلْيَقُ مِنْ جَعْلِهَا لِلرِّجَالِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا الْقِيَامُ بِمُؤْنَةِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ خَلْقٌ ضَعِيفٌ لَا يَقُومُ بِنَفْسِهِ، فَقَدَّمَ الشَّارِعُ لِحَضَانَتِهِ مَنْ هُوَ فِي طَبْعِهِ أَشْفَقُ عَلَى الْمَحْضُونِ وَأَرْفَقُ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

ثُمَّ ذَكَرَ فِي الثَّانِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْحَاضِنَةِ شَرْطَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ مِنْ ذَوَاتِ رَحِمِ الْمَحْضُونِ؛ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ.

قَالَ الْقَرَافِيُّ فِي ذَخِيرَتِهِ: قَاعِدَةٌ: يُقَدِّمُ الشَّرْعُ فِي كُلِّ وِلَايَةٍ مَنْ هُوَ أَقْوَمُ بِمَصَالِحِ تِلْكَ الْوِلَايَةِ، فَفِي الْحَرْبِ مَنْ هُوَ شُجَاعٌ مُجَرَّبٌ لِيَسُوسَ الْجُيُوشَ، وَفِي الْقَضَاءِ مَنْ هُوَ فَقِيهٌ مُتَوَفِّرُ الدِّينِ وَالْعَزْمِ وَالْفِرَاسَةِ، وَفِي وِلَايَةِ الْأَيْتَامِ مَنْ هُوَ عَارِفٌ بِتَنْمِيَةِ الْمَالِ وَمَصَارِفِهِ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُقَدَّمُ فِي بَابٍ مُؤَخَّرًا فِي آخَرَ، فَالْمَرْأَةُ مُؤَخَّرَةٌ فِي الْإِمَامَةِ مُقَدَّمَةٌ فِي الْحَضَانَةِ لِمَزِيدِ شَفَقَتِهَا وَصَبْرِهَا، فَهِيَ أَقْوَمُ بِمَصَالِحِ الْحَضَانَةِ مِنَ الرِّجَالِ[1].

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَيَسْتَحِقُّ النِّسَاءُ الْحَضَانَةَ بِوَصْفَيْنِ: أَحَدِهِمَا: أَنْ يَكُنَّ ذَوَاتِ رَحِمٍ مِنَ الْمَحْضُونِ؛ وَالثَّانِي: أَنْ يَكُنَّ مُحَرَّمَاتٍ عَلَيْهِ، فَإِنْ كُنَّ ذَوَاتِ رَحِمٍ مِنْهُ وَلَمْ يَكُنَّ مُحَرَّمَاتٍ عَلَيْهِ كَبِنْتِ الْخَالَةِ وَبِنْتِ الْعَمَّةِ لَمْ تَكُنْ لَهُنَّ حَضَانَةٌ، وَإِنْ كُنَّ مُحَرَّمَاتٍ عَلَيْهِ وَلَمْ يَكُنَّ ذَوَاتِ رَحِمٍ مِنْهُ كَالْأُمِّ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَالْمُحَرَّمَاتِ بِالصِّهْرِ لَمْ تَكُنْ لَهُنَّ حَضَانَةٌ أَيْضًا. اهـ.

وَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ أَيْضًا: وَأَمَّا الرِّجَالُ فَإِنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ الْحَضَانَةَ بِمُجَرَّدِ الْوِلَايَةِ، كَانُوا مِنْ ذَوِي رَحِمِ الْمَحْرَمِ كَالْجَدِّ وَالْأَخِ وَابْنِ الْأَخِ، أَوْ مِنْ ذَوِي رَحِمِهِ الَّذِي لَيْسَ بِمَحْرَمٍ

---

(١) الذخيرة ٤/ ٢٤٦.

كَابْنِ الْعَمِّ، أَوْ لَمْ يَكُونُوا مِنْ ذَوِي رَحِمِهِ كَالْمَوْلَى الْمُعْتَقِ وَالْوَصِيِّ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ وَمِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ. اهـ[١].

وَقَدْ ذَكَرَ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي بَعْضَ شُرُوطِ الْحَاضِنِ إِنْ كَانَ امْرَأَةً، وَيَأْتِي بَعْضُ شُرُوطِهِ إِنْ كَانَ رَجُلاً أَوْ امْرَأَةً فِي قَوْلِهِ: «وَشَرْطُهَا الصِّحَّةُ وَالصِّيَانَةُ...» الْبَيْتَيْنِ. وَلَمْ يَظْهَرْ وَجْهُ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ هَذِهِ الشُّرُوطِ، وَالْأَنْسَبُ جَمْعُهَا فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَهِيَ إِلَى الِاثِّغَارِ فِي الذُّكُورِ	وَالِاحْتِلَامُ الْحَدُّ فِي الْمَشْهُورِ
وَفِي الْإِنَاثِ لِلدُّخُولِ الْمُنْتَهَى	وَالْأُمُّ أَوْلَى ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا
فَأُمُّهَا فَخَالَةٌ فَأُمُّ الْأَبْ	ثُمَّ أَبٌ فَأُمُّ مَنْ لَهُ انْتَسَبْ
فَالْأُخْتُ فَالْعَمَّةُ فَابْنَةُ الْأَخْ	فَابْنَةُ أُخْتٍ فَأَخٌ بَعْدُ رَسَخْ
وَالْعَصَبَاتُ بَعْدُ وَالْوَصِيُّ	أَحَقُّ وَالسِّنُّ بِهَا مَرْعِيُّ

يَعْنِي أَنَّ حَدَّ الْحَضَانَةِ فِي الذَّكَرِ إِلَى الِاحْتِلَامِ أَيْ الْبُلُوغِ عَلَى الْقَوْلِ الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ إِلَى الِاثِّغَارِ[٢]، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي مُصْعَبٍ وَغَيْرِهِ، وَأَمَّا الْأُنْثَى فَتَنْتَهِي إِلَى دُخُولِ زَوْجِهَا بِهَا، ثُمَّ ذَكَرَ تَرْتِيبَ الْحَاضِنَاتِ إِذَا تَعَدَّدْنَ، فَذَكَرَ أَنَّ الْأُمَّ أَوْلَى، ثُمَّ أُمُّهَا وَهِيَ جَدَّةُ الْمَحْضُونِ، ثُمَّ أُمُّ أُمِّ الْأُمِّ وَهِيَ جَدَّةُ أُمِّهِ، ثُمَّ الْخَالَةُ، ثُمَّ أُمُّ الْأَبِ، ثُمَّ الْأَبُ، ثُمَّ أُمُّ الْجَدِّ، وَهِيَ الْمُرَادُ بِمَنْ لَهُ انْتَسَبَ، أَيْ مَنْ انْتَسَبَ الْأَبُ لَهُ وَهُوَ الْجَدُّ، ثُمَّ الْأُخْتُ، ثُمَّ الْعَمَّةُ، ثُمَّ بِنْتُ الْأَخِ، ثُمَّ بِنْتُ الْأُخْتِ، ثُمَّ الْأَخُ، ثُمَّ الْوَصِيُّ، ثُمَّ الْعَصَبَةُ، وَلِهَذَا قَالَ: «وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ». أَيْ مِنْ الْعَصَبَةِ.

وَإِذَا تَعَدَّدَ مَنْ هُوَ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالْأَكْبَرُ سِنًّا مُقَدَّمٌ عَلَى مَنْ هُوَ أَصْغَرُ مِنْهُ، فَلِذَلِكَ قَالَ: «وَالسِّنُّ بِهَا مَرْعِيٌّ». وَكَذَلِكَ إِذَا تَعَدَّدْنَ بِوُجُودِ الشَّقِيقِ وَالَّذِي لِلْأُمِّ وَالَّذِي لِلْأَبِ قُدِّمَ الشَّقِيقُ، ثُمَّ الَّذِي لِلْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْحَنَانَ وَالشَّفَقَةَ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ أَكْثَرُ مِنَ الَّذِي لِلْأَبِ، وَيُقَدَّمُ عِنْدَ الِاسْتِوَاءِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ بِزِيَادَةِ الصِّيَانَةِ وَالشَّفَقَةِ.

---

(١) البيان والتحصيل ٥/٤١٤.

(٢) الإثِّغارُ: سقوط سِنِّ الصبي ونباتها. انظر: لسان العرب ٤/١٠٣.

قَالَ فِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي أَمَدِ حَضَانَةِ الذُّكْرَانِ مِنَ الْبَنِينَ، فَقَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: لِلاحْتِلاَمِ قَالَ ابْنُ شَعْبَانَ يَحْتَلِمُ الْغُلاَمُ صَحِيحُ الْعَقْلِ وَالْبَدَنِ. وَفِي مُخْتَصَرِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَبِي مُصْعَبٍ: الإِثِّغَارُ فِي رِوَايَةِ الشَّيْبَانِيِّ عَنْ مَالِكٍ. وَفِي رِوَايَةٍ: وَفِي الْمُدَوَّنَةِ وَالْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: وَحَضَانَةُ الْغِلْمَانِ حَتَّى يَحْتَلِمُوا، وَحَضَانَةُ النِّسَاءِ حَتَّى يُنْكَحْنَ وَيَدْخُلَ بِهِنَّ أَزْوَاجُهُنَّ.

وَفِي الْمُتَيْطِيَّةِ: قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَالْجَدَّةُ لِلأُمِّ أَحَقُّ وَإِنْ بَعُدَتْ بَعْدَ الأُمِّ، ثُمَّ الْخَالَةُ، ثُمَّ الْجَدَّةُ لِلأَبِ.

وَقَسَّمَ ابْنُ الْحَاجِبِ مَنْ لَهُ الْحَضَانَةُ إِلَى ثَلاَثَةِ أَوْجُهٍ: تَارَةً يَنْفَرِدُ النِّسَاءُ، وَتَارَةً يَنْفَرِدُ الرِّجَالُ، وَتَارَةً يَجْتَمِعُ النِّسَاءُ وَالرِّجَالُ مَعًا، فَأَشَارَ إِلَى انْفِرَادِ النِّسَاءِ بِقَوْلِهِ: الْحَضَانَةُ فِي النِّسَاءِ لِلأُمِّ، ثُمَّ جَدَّةِ الأُمِّ لِأُمِّهَا، ثُمَّ الْخَالَةِ، ثُمَّ الْجَدَّةِ لِلأَبِ، ثُمَّ جَدَّةِ الأَبِ لِأَبِيهِ، ثُمَّ الأُخْتِ، ثُمَّ الْعَمَّةِ، ثُمَّ بِنْتِ الأَخِ، وَفِي إِلْحَاقِ خَالَةِ الْخَالَةِ بِالْخَالَةِ قَوْلاَنِ. وَأَشَارَ إِلَى انْفِرَادِ الرِّجَالِ بِقَوْلِهِ: وَفِي الذُّكُورِ لِلأَبِ، ثُمَّ الأَخِ، ثُمَّ الْجَدِّ، ثُمَّ أَبِي الْجَدِّ، ثُمَّ ابْنِ الأَخِ، ثُمَّ الْعَمِّ، ثُمَّ ابْنِ الْعَمِّ، ثُمَّ الْمَوْلَى الأَعْلَى وَالأَسْفَلِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا[1].

التَّوْضِيحُ: قَوْلُهُ: ثُمَّ الْمَوْلَى. أَيْ: بَعْدَ الْعَصَبَةِ وَهُوَ الْمُعْتِقُ وَالأَسْفَلُ يُرِيدُ بَعْدَ الأَعْلَى، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ اللَّخْمِيُّ، وَقَوْلُهُ: عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا. أَيْ فِي الأَعْلَى وَالأَسْفَلِ، وَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الْمُدَوَّنَةِ إِثْبَاتُ الْحَضَانَةِ لَهُمَا، أَيْ وَمُقَابِلُهُ لاَ حَقَّ لَهُمَا فِي الْحَضَانَةِ، ثُمَّ أَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ وَهُوَ إِذَا اجْتَمَعَ مِمَّنْ لَهُ الْحَضَانَةُ النِّسَاءُ وَالرِّجَالُ، فَقَالَ: وَالأُمُّ ثُمَّ أُمُّهَا أَوْلَى مِنَ الْجَمِيعِ، وَفِي الأَبِ مَعَ بَقِيَّتِهِنَّ، ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ، وَيُقَدَّمُ عَلَى مَنْ بَعْدَ الْجَدَّةِ لِلأَبِ، وَقِيلَ: الأَبُ أَوْلَى مِنَ الأُمِّ عِنْدَ إِثِّغَارِ الذُّكُورِ، وَبَقِيَّةُ النِّسَاءِ أَوْلَى مِنْ بَقِيَّةِ الذُّكُورِ.

التَّوْضِيحُ: قَوْلُهُ: أَوْلَى مِنَ الْجَمِيعِ. أَيْ مِنْ جَمِيعِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَقَوْلُهُ: وَقِيلَ الأَبُ أَوْلَى. يَعْنِي فَأَحْرَى أَنْ يَكُونَ مُقَدَّمًا عَلَى غَيْرِهَا، وَهَذَا الْقَوْلُ رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ، وَوَجْهُهُ أَنَّ احْتِيَاجَ الْوَلَدِ إِلَى أَبِيهِ بَعْدَ سِنِّ الاثِّغَارِ أَكْثَرُ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ حِينَئِذٍ إِلَى التَّرْبِيَةِ وَالتَّعْلِيمِ. اهـ.

وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ الْخِلاَفَ فِي بِنْتِ الأُخْتِ هَلْ لَهَا حَضَانَةٌ أَوْ لاَ؟ قَالَ:

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٥.

وَالصَّوَابُ أَنَّ لَهَا الْحَضَانَةَ، فَإِنِ اجْتَمَعَتْ مَعَ بِنْتِ الْأَخِ، فَقِيلَ: بِنْتُ الْأَخِ مُقَدَّمَةٌ. وَقِيلَ: بِنْتُ الْأُخْتِ مُقَدَّمَةٌ. وَقِيلَ: هُمَا سَوَاءٌ، يَنْظُرُ السُّلْطَانُ فِي أَكْفَئِهِمَا وَأَحْرَزِهِمَا، وَقَوْلُهُ: «ثُمَّ أُمُّهَا بِهَا». أَيْ أُمُّ الْأُمِّ أَوْلَى بِهَا، أَيْ بِالْحَضَانَةِ. وَقَوْلُهُ: «فَأُمُّهَا». أَيْ أُمُّ الْمُحَدَّثِ عَنْهَا الَّتِي هِيَ أُمُّ الْأُمِّ وَأُمُّهَا هِيَ جَدَّةُ أُمِّ الْمَحْضُونِ لِأُمِّهَا.

قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَشَرْطُهَا الصِّحَّةُ وَالصِّيَانَهْ ... وَالْحِرْزُ وَالتَّكْلِيفُ وَالدِّيَانَهْ

وَفِي الْإِنَاثِ عَدَمُ الزَّوْجِ عَدَا ... جَدًّا لِمَحْضُونٍ لَهَا زَوْجًا غَدَا

تَعَرَّضَ فِي الْبَيْتَيْنِ لِشُرُوطِ الْحَاضِنِ، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِيهِ صِحَّةُ الْجِسْمِ لِيَتَحَرَّزَ بِذَلِكَ مِنَ الْمَرِيضِ الضَّعِيفِ الْقُوَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقُومُ بِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ، فَأَحْرَى أَنْ لَا يَقُومَ بِمَصْلَحَةِ غَيْرِهِ، وَكَذَا مَنْ يُخَافُ مِنْ مَرَضِهِ ضَرُورَةُ الْعَدْوَى عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ عَادَةُ اللهِ سُبْحَانَهُ مِنْ كَوْنِهِ عِنْدَهُ لَا بِهِ كَالْجُذَامِ وَالْبَرَصِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَيْضًا الصِّيَانَةُ لِيَتَحَرَّزَ بِذَلِكَ مِنْ لُحُوقِ الْمَعَرَّةِ بِسَبَبِ عَدَمِ الصَّوْنِ، وَأَنْ يَكُونَ فِي حِرْزٍ لِئَلَّا يَلْحَقَهُ الضَّيَاعُ، كَأَنْ يَكُونَ بِطَرَفِ الْعِمَارَةِ بِحَيْثُ يُخَافُ عَلَيْهِ مِنَ السِّبَاعِ وَنَحْوِهَا، أَوْ تُصِيبُهُ الْمُتَوَقَّعَاتُ الْمَحْظُورَةُ، كَالْخَوْفِ عَلَيْهِ مِنْ سَارِقٍ يَسْرِقُهُ، أَوْ سَالِبٍ يَسْلُبُهُ ثِيَابَهُ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يُصِيبُهُ مِنْ قِلَّةِ الصَّوْنِ وَالْحِفْظِ، وَأَنْ يَكُونَ مُكَلَّفًا أَيْ عَاقِلًا بَالِغًا؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْبَالِغِ أَوِ الْمَجْنُونَ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ الْمَحْضُونُ مَعَهُ فِي أَمْنٍ وَلَا حِرْزٍ، فَهُوَ فِي نَفْسِهِ مُفْتَقِرٌ لِمَنْ يَكْفُلُهُ، فَكَيْفَ يَكْفُلُ غَيْرَهُ، وَأَنْ يَكُونَ دَيِّنًا؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ وَأَحْرَى الْكَافِرُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الْمَحْضُونِ مِنْ وُجُوهٍ.

وَهَذِهِ الشُّرُوطُ عَامَّةٌ، سَوَاءٌ كَانَ الْحَاضِنُ رَجُلًا أَوِ امْرَأَةً، وَيُزَادُ فِي شُرُوطِ الْحَاضِنَةِ الْخُلُوُّ عَنْ زَوْجٍ قَدْ دَخَلَ بِهَا، إِلَّا إِنْ كَانَ هَذَا الزَّوْجُ جَدًّا لِلْمَحْضُونِ كَالْجَدَّةِ لِلْأُمِّ الْمُتَزَوِّجَةِ بِوَالِدِ الْأُمِّ، فَلَا تَسْقُطُ حَضَانَتُهَا؛ لِأَنَّ لَهُ حَنَانًا وَشَفَقَةً، حَتَّى قِيلَ: إِنَّ لَهُ الْحَضَانَةَ.

قَالَ فِي النَّوَادِرِ: مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَنْ مَالِكٍ قَالَ: وَمَنْ لَمْ تَكُنْ فِي حِرْزٍ، أَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَأْمُونَةٍ، أَوْ تَضْعُفُ عَنْهُمْ، أَوْ كَانَتْ سَفِيهَةً أَوْ سَقِيمَةً أَوْ ضَعِيفَةً أَوْ مُسِنَّةً، فَلَا حَضَانَةَ لَهَا كَانَتْ جَدَّةً أَوْ غَيْرَهَا.

قَالَ الشَّارِحُ: مَا عَدَّهُ الشَّيْخُ مِنَ الشُّرُوطِ مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ فِي النَّوَادِرِ الْمُتَقَدِّمِ،

ثُمَّ بَيَّنَهُ بِمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

وَفِي الْمُقَرِّبِ: إِذَا كَانَتْ الْأُمُّ لَيْسَتْ بِمَرْضِيَّةٍ فِي حَالِهَا، فَيَكُونُ أَبُو الْجَارِيَةِ أَوْ أَوْلِيَاؤُهَا أَحَقَّ بِهَا إِذَا ضُمَّتْ إِلَى كَفَالَةٍ وَحِرْزٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَمِنْ قَوْلِ الْمُقَرِّبِ وَمِثْلِهِ أَخَذَ الْمُتَأَخِّرُونَ شَرْطَ الدِّيَانَةِ فِي الْحَاضِنَةِ إِذَا كَانَتْ مُسْلِمَةً، فَإِنَّ الْكِتَابِيَّةَ تَحْضُنُ مَا لَمْ يُخَفْ أَنْ تَسْقِيَهُمْ الْخَمْرَ، أَوْ تُغَذِّيَهُمْ بِالْخِنْزِيرِ.

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ: وَلَا حَقَّ لِمَنْ تَكُونُ مُتَزَوِّجَةً مِنْهُمْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ زَوْجُ الْجَدَّةِ جَدَّ الصَّبِيِّ، فَلاَ يَضُرُّهَا ذَلِكَ. اهـ.

مِنْ الشَّارِحِ وَهَلْ يُشْتَرَطُ فِي الْحَاضِنِ الرُّشْدُ أَمْ لاَ؟ قَالَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ فِي شُرُوطِ الْحَاضِنِ: وَرُشْدٌ[١]. وَخَرَجَ بِهِ السَّفِيهُ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَهَذَا إِذَا كَانَ سَفِيهًا فِي عَقْلِهِ ذَا طَيْشٍ وَقِلَّةِ ضَبْطٍ لَا يُحْسِنُ الْقِيَامَ بِالْمَحْضُونِ وَلَا أَدَبَهُ، أَوْ كَانَ سَفِيهًا فِي الْمَالِ يُبَذِّرُ مَا يَقْبِضُهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْأَمَدِ، قَالَ: وَأَمَّا إِنْ كَانَ سَفِيهًا مُوَلًّى عَلَيْهِ ذَا صِيَانَةٍ وَقِيَامٍ بِالْمَحْضُونِ، فَلاَ يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنَ الْحَضَانَةِ. اهـ. نَقَلَهُ الشَّارِحُ عَنْ بَهْرَامَ[٢].

ابْنُ غَازِيٍّ: قَوْلُهُ: وَرُشْدٌ. قَدْ عَلِمْتَ كَلاَمَ اللَّخْمِيِّ فِيهِ.

وَقَالَ الْمُتَيْطِيُّ: اُخْتُلِفَ فِي السَّفِيهَةِ، قِيلَ: لَهَا الْحَضَانَةُ. وَقِيلَ: لَا حَضَانَةَ لَهَا.

ابْنُ عَرَفَةَ: نَزَلْتُ بِبَلَدِ بَاجَةَ فَكَتَبَ قَاضِيهَا لِقَاضِي الْجَمَاعَةِ يَوْمَئِذٍ بِتُونُسَ وَهُوَ ابْنُ عَبْدِ السَّلاَمِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ بِأَنْ لَا حَضَانَةَ لَهَا، فَرَفَعَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ أَمْرَهُ إِلَى سُلْطَانِهَا الْأَمِيرِ أَبِي يَحْيَى بْنِ الْأَمِيرِ أَبِي زَكَرِيَّا، فَأَمَرَ بِاجْتِمَاعِ فُقَهَاءِ الْوَقْتِ مَعَ الْقَاضِي الْمَذْكُورِ لِيَنْظُرُوا فِي ذَلِكَ، فَاجْتَمَعُوا بِالْقَصَبَةِ، وَكَانَ مِنْ جُمْلَتِهِمْ ابْنُ هَارُونَ[٣] وَالْأَجْمِيُّ قَاضِي الْأَنْكِحَةِ

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٩.

(٢) بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدميري القاهري، فقيه انتهت إليه رياسة المالكية في زمنه، ولد سنة ٧٣٤ هـ، مصري نسبته إلى (ميرة) قرية قرب دمياط، أفتى ودرس وناب في القضاء بمصر، واستقل به سنة ٧٩١ - ٧٩٢ هـ، وتوجه مع القضاة إلى الشام لحرب الظاهر، وعاد الظاهر فعزله بعد أن طعن في صدره وشدقه، وكان محمود السيرة لين الجانب، كثير البر، انتفع به الطلبة ولاسيما بعد صرفه عن القضاء، له كتب منها (الشامل) على نسق (مختصر خليل)، و (المناسك)، و (شرح مختصر خليل) و(شرح مختصر ابن الحاجب)، توفي سنة ٨٠٥ هـ. انظر: رفع الإصر ١/١٥٥، والضوء اللامع ٣/١٩، وشذرات ٧/٤٩، وشجرة النور ٢٣٩، ونيل الابتهاج ١٠١، وحسن المحاضرة ١/٢٦٣.

(٣) محمد بن هارون الكناني التونسي، أبو عبد الله، فقيه مالكي، من مدرسي جامع الزيتونة بتونس، ولد=

حِينَئِذٍ بِتُونُس، فَأَفْتَى الْقَاضِيَانِ وَبَعْضُ أَهْلِ المَجْلِسِ بِأَنْ لَا حَضَانَةَ لَهَا، وَأَفْتَى ابْنُ هَارُونَ وَبَعْضُ أَهْلِ المَجْلِسِ بِأَنَّ لَهَا الْحَضَانَةَ، وَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ المَذْكُورِ، فَخَرَجَ الْأَمْرُ بِالْعَمَلِ بِفَتْوَى ابْنِ هَارُونَ، وَأَمَرَ قَاضِي الْجَمَاعَةِ بِأَنْ يَكْتُبَ بِذَلِكَ إِلَى قَاضِي بَاجَةَ فَفَعَلَ وَهُوَ الصَّوَابُ، وَهُوَ ظَاهِرُ عُمُومِ الرِّوَايَاتِ فِي المُدَوَّنَةِ وَغَيْرِهَا[1].

(تَكْمِيلٌ) قَالَ ابْنُ عَاتٍ: قَالَ المُشَاوِرُ: وَحَضَانَةُ أَوْلَادِ السُّؤَالِ وَالْفُقَرَاءِ وَمَنْ لَا قَرَابَةَ لَهُمْ يَنْظُرُ فِي ذَلِكَ السُّلْطَانُ لِلأَصَاغِرِ بِالْأَحْوَطِ لَهُمْ، وَمَا يَرَاهُ صَلَاحًا لَهُمْ مِنْ أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ. اهـ. وَالمُشَاوِرُ هُوَ ابْنُ الْفَخَارِ. اهـ. كَلَامُ ابْنِ غَازِيٍّ.

وَكَذَا مِنْ شَرْطِ مَنْ لَهُ الْحَضَانَةُ مِنَ الرِّجَالِ وُجُودُ الْأَهْلِ مِنْ زَوْجَةٍ أَوْ سُرِّيَّةٍ، نَقَلَهُ فِي التَّوْضِيحِ عَنْ اللَّخْمِيِّ، ثُمَّ قَالَ: وَإِذَا كَانَتْ الْحَضَانَةُ لِرَجُلٍ رُوعِيَ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ فِيمَنْ يَتَوَلَّى الْحَضَانَةَ مِنْ نِسَائِهِ فِي الْقِيَامِ بِالمَحْضُونِ وَدَفْعِ المَضَرَّةِ عَنْهُ. اهـ.

هَذَا إِذَا كَانَ الْحَاضِنُ وَالمَحْضُونُ مَعًا ذَكَرَيْنِ، فَيُشْتَرَطُ فِي الْحَاضِنِ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَنْ يَحْضُنُ، فَإِنْ كَانَ الْحَاضِنُ ذَكَرًا وَالمَحْضُونُ أُنْثَى، فَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ عَنْ اللَّخْمِيِّ: وَأَمَّا فِي الْأُنْثَى فَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ فِي حَضَانَتِهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: ثَابِتٍ، وَسَاقِطٍ، وَمُخْتَلَفٍ فِيهِ، فَيَثْبُتُ فِيمَنْ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَهُ مَحْرَمٌ كَالْأَخِ وَابْنِهِ وَالْجَدِّ، وَيَسْقُطُ فِي كُلِّ مَنْ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ إِذَا كَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ أَوْ مَأْمُونًا وَلَا أَهْلَ لَهُ، وَاخْتُلِفَ إِذَا كَانَ مَأْمُونًا وَلَهُ أَهْلٌ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

ثُمَّ قَالَ النَّاظِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَمَا سُقُوطُهَا لِعُذْرٍ قَدْ بَدَا ... وَارْتَفَعَ الْعُذْرُ تَعُودُ أَبَدَا

وَهِيَ عَلَى المَشْهُورِ لَا تَعُودُ إِنْ ... كَانَ سُقُوطُهَا بِتَزْوِيجٍ قُرِنْ

لَفْظَةُ «مَا» مَوْصُولَةٌ وَاقِعَةٌ عَلَى الْحَضَانَةِ، يَعْنِي أَنَّ الْحَضَانَةَ إِذَا سَقَطَتْ لِعُذْرٍ، ثُمَّ زَالَ الْعُذْرُ فَإِنَّهَا تَعُودُ، وَذَلِكَ كَالمَرَضِ وَالسَّفَرِ وَانْقِطَاعِ اللَّبَنِ، فَإِنَّ الْحَضَانَةَ تَعُودُ بَعْدَ الصِّحَّةِ وَالْحُضُورِ وَجَرْيِ اللَّبَنِ، وَكَذَا إِذَا وَجَبَتْ لَهَا الْحَضَانَةُ وَهِيَ إِذْ ذَاكَ مُتَزَوِّجَةٌ، ثُمَّ طَلَّقَ الزَّوْجُ أَوْ مَاتَ، فَإِنَّ الْحَضَانَةَ تَعُودُ لَهَا؛ لِأَنَّهَا مَعْذُورَةٌ بِالمَنْعِ مِنَ الْحَضَانَةِ بِسَبَبِ

=عام ٦٨٠ هـ، له شروح واختصارات منها (شرح مختصر ابن الحاجب) و(شرح المعالم الفقهية) و(مختصر التهذيب) و(شرح التهذيب)، توفي عام ٧٥٠هـ. انظر: شجرة النور الزكية ١/ ٢١١.

(١) منح الجليل ٤/ ٤٢٦.

كَوْنِهَا مُتَزَوِّجَةً، فَإِنْ وَجَبَتْ لَهَا وَهِيَ غَيْرُ مُتَزَوِّجَةٍ فَتَزَوَّجَتْ ثُمَّ تَأَيَّمَتْ، فَلاَ تَعُودُ لَهَا لِإِدْخَالِهَا عَلَى نَفْسِهَا مَا يُسْقِطُ حَضَانَتَهَا، وَعَلَى عَدَمِ عَوْدِهَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ:

وَهِيَ عَلَى المَشْهُورِ لَا تَعُودُ إِنْ كَانَ سُقُوطُهَا بِتَزْوِيجٍ قُرِنْ

أَيْ بِإِحْدَاثِ التَّزْوِيجِ وَاسْتِئْنَافِهِ بَعْدَ أَنْ لَمْ تَكُنْ وَقْتَ وُجُوبِ الْحَضَانَةِ مُتَزَوِّجَةً.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: كُلُّ امْرَأَةٍ سَقَطَ حَقُّهَا بِسَبَبٍ ثُمَّ زَالَ السَّبَبُ، فَهِيَ عَلَى حَقِّهَا إِذَا كَانَ سُقُوطُهُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهَا، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مَرِيضَةً فَبَرِئَتْ، أَوْ ذَاتَ زَوْجٍ فِي حِينِ وُجُوبٍ، ثُمَّ طَلَّقَ أَوْ مَاتَ أَوْ سَافَرَ لِحَجَّةِ الْفَرِيضَةِ، أَوْ سَافَرَ بِهَا زَوْجُهَا وَهُوَ جَدُّ الصِّبْيَانِ، أَوْ غَيْرُهُ مِنْ الْأَوْلِيَاءِ غَيْرَ طَائِعَةٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا تَبَيَّنَ بِهِ عُذْرُهَا.

قَالَ مَالِكٌ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ: وَإِذَا تَرَكَتْ وَلَدَهَا مِنْ عُذْرٍ بِأَنْ مَرِضَتْ، أَوْ انْقَطَعَ لَبَنُهَا، أَوْ جَهِلَتْ أَنَّ ذَلِكَ لَهَا فَلَهَا انْتِزَاعُهُ.

قَالَ أَبُو عِمْرَانَ فِي الَّذِي يَنْتَقِلُ إِلَى بَلَدٍ مِنْ الْبُلْدَانِ فَيَأْخُذُ وَلَدَهُ مِنْ أُمِّهِ، ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَى الْبَلَدِ هَلْ يَرُدُّ إِلَيْهَا الْوَلَدَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ يَرْجِعُ إِلَى حَضَانَةِ الْأُمِّ، فَقِيلَ لَهُ: فَلَوْ خَرَجَتْ إِلَى مِيرَاثٍ لَهَا فِي بَلَدٍ تَطْلُبُهُ ثُمَّ رَجَعَتْ، فَقَالَ: تَرْجِعُ إِلَيْهَا الْحَضَانَةُ. اهـ. وَمُقْتَضَاهُ أَنَّ حَقَّ الْحَضَانَةِ يَسْقُطُ حَالَ حُصُولِ الْعُذْرِ. اهـ.

مِنْ حَاشِيَةِ اللَّقَانِيِّ عَلَى التَّوْضِيحِ، وَفِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: فَإِنْ أَسْلَمَتْ المَرْأَةُ ابْنَهَا المُرْضَعَ إِلَى أَبِيهِ، فَلَمَّا فُطِمَ أَرَادَتْ أَخْذَهُ، فَإِنْ كَانَ إِسْلاَمُهَا لَهُ عُذْرٌ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ لَا لَبَنَ لَهَا قُبِلَ عُذْرُهَا وَاسْتَرَدَّتْ ابْنَهَا بَعْدَ فِطَامِهِ إِلَى حَضَانَتِهَا.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَكَذَلِكَ إِذَا مَرِضَتْ، أَوْ سَافَرَتْ سَفَرًا لَا يَكُونُ لَهَا حَمْلُ المَحْضُونِ إِلَيْهِ فَلَهَا أَنْ تَأْخُذَهُ إِذَا رَجَعَتْ أَوْ صَحَّتْ، ذَكَرَهُ ابْنُ رُشْدٍ وَفِي المُقَرِّبِ قُلْت، فَإِنْ تَزَوَّجَتْ وَهُوَ صَغِيرٌ فَأَخَذَهُ أَبُوهُ أَوْ أَوْلِيَاؤُهُ، ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا أَوْ طَلَّقَهَا، أَيُرَدُّ إِلَى أُمِّهِ؟ قَالَ: لَا، إِذَا أَسْلَمَتْهُ مَرَّةً فَلاَ حَقَّ لَهَا فِيهِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ. اهـ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ الْأَعْذَارِ اخْتِيَارِيًّا أَدْخَلَتْهُ الْحَاضِنَةُ عَلَى نَفْسِهَا كَالتَّزْوِيجِ، فَإِنَّهَا لَا تَعُودُ بَعْدَ ذَهَابِهِ وَمَا دَخَلَ عَلَيْهَا مِنْ الْأَعْذَارِ اضْطِرَارًا أَحَبَّتْ أَمْ كَرِهَتْ، مِثْلُ انْقِطَاعِ اللَّبَنِ وَالمَرَضِ، فَإِنَّهَا تَعُودُ بَعْدَ زَوَالِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَحَيْثُ بِالمَحْضُونِ سَافَرَ الْوَلِيّ بِقَصْدِ الِاسْتِيطَانِ وَالتَّنَقُّلِ

فَـذَاكَ مُـسْقِطٌ لِحَـقِّ الْحَاضِـنَهْ إِلَّا إِذَا صَـارَتْ هُنَـاكَ سَـاكِنَهْ

يَعْنِي أَنَّ الصَّبِيَّ إِذَا كَانَ عِنْدَ حَاضِنَتِهِ، ثُمَّ أَرَادَ وَلِيُّهُ أَبًا أَوْ أَخًا أَوْ غَيْرَهُمَا أَنْ يُسَافِرَ بِقَصْدِ الاسْتِيطَانِ وَالْإِقَامَةِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَأَرَادَ أَنْ يَذْهَبَ بِالصَّبِيِّ مَعَهُ فَلَهُ ذَلِكَ، وَيُقَالُ لِلْحَاضِنَةِ: إِمَّا أَنْ تَنْتَقِلِي لِلْبَلَدِ الَّذِي انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْوَلِيُّ وَالمَحْضُونُ، وَإِلَّا سَقَطَتْ حَضَانَتُكِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَسْقُطُ حَقُّ الْأُمِّ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَضَانَةِ إِذَا سَافَرَ وَلِيُّ الطِّفْلِ الْحُرِّ أَبًا أَوْ غَيْرَهُ سَفَرَ نُقْلَةٍ سِتَّةَ بُرُدٍ، وَلَوْ كَانَ رَضِيعًا لَا سَفَرَ تَنَزُّهٍ أَوْ تِجَارَةٍ إِلَّا أَنْ تُسَافِرَ وَهِيَ مَعَهُ(١).

التَّوْضِيحُ: دَخَلَ فِي قَوْلِهِ: أَبًا أَوْ غَيْرَهُ. الْوَصِيُّ وَغَيْرُهُ. وَقَوْلُهُ: الْحُرِّ. يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ صِفَةً لِلْوَلِيِّ أَوْ الطِّفْلِ، وَقَوْلُهُ: سِتَّةَ بُرُدٍ. هُوَ بَيَانٌ لِلسَّفَرِ المُسْقِطِ، يَعْنِي وَأَمَّا لَوْ سَافَرَ سَفَرًا قَرِيبًا، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُسْقِطُ حَضَانَتَهَا لِإِمْكَانِ نَظَرِ الْوَلِيِّ، وَهَذَا التَّحْدِيدُ لِمَالِكٍ فِي المَوَّازِيَّةِ، وَقَوْلُهُ: وَلَوْ كَانَ رَضِيعًا. مُبَالَغَةٌ وَهُوَ المَشْهُورُ بِشَرْطِ أَنْ يَقْبَلَ غَيْرَ أُمِّهِ، وَلِابْنِ الْقَاسِمِ: لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَطِيمًا قَدْ اسْتَغْنَى عَنْ أُمِّهِ. وَلِمَالِكٍ فِي المَوَّازِيَّةِ: لَا يَخْرُجُ بِهِمْ حَتَّى يُثْغِرُوا(٢). وَقَوْلُهُ: إِلَّا أَنْ تُسَافِرَ هِيَ مَعَهُ. أَيْ: إِلَّا أَنْ تَتْبَعَهُ، فَهِيَ عَلَى حَضَانَتِهَا وَلَا كَلَامَ لِلْوَلِيِّ.

بَعْضُ شُيُوخِنَا: وَإِنْ كَانَ لِلْوَلَدِ وَلِيَّانِ وَهُمَا فِي الْعَقْدِ سَوَاءٌ فَسَافَرَ أَحَدُهُمَا، فَلَيْسَ لَهُ الرِّحْلَةُ بِالْوَلَدِ، وَالمُقِيمُ أَوْلَى لِبَقَاءِ الْوَلَدِ مَعَ أُمِّهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أُمٌّ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُقَدَّمُ فِي إِنْكَاحِهَا إِنْ كَانَتْ أُنْثَى.

فَرْعَانِ:

الْأَوَّلُ: قَالَ جَمَاعَةٌ: يُشْتَرَطُ فِي إِسْقَاطِ الْحَضَانَةِ بِالسَّفَرِ أَنْ تَكُونَ الطَّرِيقُ مَأْمُونَةً يُسْلَكُ فِيهَا بِالمَالِ وَالْحَرِيمِ، وَكَذَلِكَ الْبَلَدُ الَّذِي يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ وَلَا يُشْتَرَطُ عَدَمُ رُكُوبِهِ بِهِ الْبَحْرُ، قَالَهُ ابْنُ المَاجِشُونِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ﴾ [يونس: ٢٢].

وَالثَّانِي: إِذَا قُلْنَا لِلْوَلِيِّ الانْتِقَالُ بِالْوَلَدِ، فَلَا يَكُونُ الْوَالِي أَحَقَّ حَتَّى يُثْبِتَ عِنْدَ حَاكِمٍ

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢/ ٢٦١.

الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْحَاضِنَةُ أَنَّهُ قَدْ اسْتَوْطَنَ الْمَوْضِعَ الَّذِي رَحَلَ إِلَيْهِ. اهـ. بِبَعْضِ اخْتِصَارٍ.

قَالَ النَّاظِمُ:

وَيُمْنَعُ الزَّوْجَانِ مِنْ إِخْرَاجِ مَنْ ... مِنْ حِينِ الِابْتِنَاءِ مَعَهُمَا سَكَنْ

مِنْ وَلَدٍ لِوَاحِدٍ أَوْ أُمِّ ... وَفِي سِوَاهُمْ عَكْسُ هَذَا الْحُكْمِ

يَعْنِي إِذَا بَنَى الزَّوْجُ بِزَوْجَتِهِ فَأَتَتْ مَعَهَا بِوَلَدِهَا الصَّغِيرِ، أَوْ وَجَدَتْ عِنْدَهُ وَلَدًا لَهُ صَغِيرًا وَسَكَنَ ذَلِكَ الْوَلَدُ مَعَهُمَا، ثُمَّ أَرَادَ إِخْرَاجَ وَلَدِهَا، أَوْ أَرَادَتْ إِخْرَاجَ وَلَدِهِ عَنْهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَلَا لَهَا، وَيُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ مِنْهُمَا عَلَى السُّكْنَى مَعَ ذَلِكَ الْوَلَدِ، وَكَذَلِكَ إِذَا وُجِدَتْ عِنْدَ الزَّوْجِ أُمُّهُ وَسَكَتَتْ، ثُمَّ امْتَنَعَتْ مِنْ السُّكْنَى مَعَهَا فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ.

وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ وَبِشَطْرِ الثَّانِي، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي سِوَاهُمْ عَكْسُ هَذَا الْحُكْمِ». إِلَى أَنَّهُ إِذَا بَنَى بِزَوْجَتِهِ وَلَمْ تَأْتِ مَعَهَا بِوَلَدٍ، أَوْ لَمْ تَجِدْ عِنْدَهُ وَلَدًا، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَأْتِيَ بِوَلَدِهَا، أَوْ أَرَادَ أَنْ يَأْتِيَ بِوَلَدٍ لَهُ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ، فَإِنَّ لَهُ ذَلِكَ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى السُّكْنَى مَعَهُ، وَإِنَّمَا يُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ مِنْ السُّكْنَى مَعَهُ إِذَا لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ مِنْ أَوَّلِ وَهْلَةٍ، إِذَا كَانَ لِلْوَلَدِ وَلِيٌّ حَاضِنٌ يُمْكِنُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ، وَإِلَّا أُجْبِرَ الْمُمْتَنِعُ عَلَى السُّكْنَى مَعَهُ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً.

فَفِي سَمَاعِ أَشْهَبَ وَابْنِ نَافِعٍ مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ مِنْ الْعُتْبِيَّةِ، وَسُئِلَ عَنْ امْرَأَةٍ خَطَبَهَا رَجُلٌ، لَهَا بِنْتٌ صَغِيرَةٌ لَمْ تَلِ نَفْسَهَا فَتَزَوَّجَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ بِذَلِكَ، ثُمَّ بَنَى بِهَا وَابْنَتُهَا مَعَهَا، ثُمَّ قَالَ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ: أَخْرِجِي ابْنَتَكِ عَنِّي. أَتَرَى ذَلِكَ لَهُ؟ فَقَالَ لَهُ: مَا أَرَى ذَلِكَ لَهُ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: ظَاهِرُ قَوْلِهِ: أَنَّهُ إِذَا تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ بِابْنَتِهَا، ثُمَّ بَنَى بِهَا وَهِيَ مَعَهَا، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا عَنْهَا، وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ مِمَّا سُئِلَ عَنْهُ ابْنُ زَرْبٍ، وَإِنْ بَنَى بِهَا وَالصَّبِيُّ مَعَهُ، ثُمَّ أَرَادَتْ بَعْدَ ذَلِكَ إِخْرَاجَهُ عَنْ نَفْسِهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ لِدُخُولِهَا عَلَيْهِ.

وَفِي سَمَاعِ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ كِتَابِ طَلَاقِ السُّنَّةِ مِنْ الْعُتْبِيَّةِ: أَنَّهُ لَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنَّهُ يُسْكِنُ أَوْلَادَهُ مِنْ امْرَأَتِهِ مَعَ امْرَأَةٍ لَهُ أُخْرَى فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ وَمَسْكَنٍ وَاحِدٍ يَجْمَعُهُمْ إِلَّا أَنْ تَرْضَى بِذَلِكَ، وَفِي سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ مِنْ الْعُتْبِيَّةِ، وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا رَجُلٌ فَأَسْكَنَهَا مَعَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ، فَشَكَتْ الضَّرَرَ فِي ذَلِكَ. فَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهَا مَعَهُمَا. فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُ يَقُولُ: إِنَّ أَبِي أَعْمَى وَأُغْلِقُ

دُونِي وَدُونَهُ بَابًا. قَالَ: يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ فَإِنْ رُئِيَ ضَرَرٌ. كَأَنَّهُ يَقُولُ: إِنْ رُئِيَ ضَرَرٌ يُحَوِّلُهَا عَنْ حَالِهَا. اهـ.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: سُئِلَ ابْنُ زَرْبٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ مِنْ غَيْرِهَا، فَأَرَادَ إِسْكَانَهُ مَعَهَا بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَأَبَتْ هِيَ ذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ مَنْ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِهِ لِيَحْضُنَهُ لَهُ وَيَكْفُلَهُ أُجْبِرَ عَلَى إِخْرَاجِهِ عَنْهَا، وَإِنْ كَانَ لَا أَهْلَ لَهُ لَمْ يُكَلَّفْ إِخْرَاجَهُ، وَأُجْبِرَتْ هِيَ عَلَى الْبَقَاءِ مَعَهُ، ثُمَّ قَالَ: وَكَذَلِكَ الزَّوْجَةُ إِذَا كَانَ لَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ مَعَ الزَّوْجِ هَذَا حَرْفًا بِحَرْفٍ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) ظَاهِرُ قَوْلِهِ: «أَوْ أُمٌّ». أَنَّ الأُمَّ تَجْرِي عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ الَّذِي فِي الْوَلَدِ، وَأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ مَعَ ابْنِهَا يَوْمَ الْبِنَاءِ أُلْزِمَتْ الزَّوْجَةُ بِالسُّكْنَى مَعَهَا، وَإِلَّا فَلاَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ لَا تُجْبَرُ الزَّوْجَةُ عَلَى السُّكْنَى مَعَ أُمِّهِ أَوْ أَبِيهِ مُطْلَقًا، سَوَاءٌ كَانَا مَعَهُ حِينَ الْبِنَاءِ أَوْ لَا، وَلَكِنْ هَذَا فِي ذَوَاتِ الْقَدْرِ، وَأَمَّا الْوَضِيعَةُ فَلاَ.

التَّوْضِيحُ: قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَ مَعَهَا أَبَوَيْهِ إِلَّا بِرِضَاهَا. قَالَ فِي الْبَيَانِ: لِمَا عَلَيْهَا مِنْ الضَّرَرِ بِاطِّلاَعِهِمْ عَلَى أَمْرِهَا، وَمَا تُرِيدُ أَنْ تَكْتُمَهُ عَنْهُمْ مِنْ أَمْرِهَا.

قَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: فِي الْمَرْأَةِ تَكُونُ هِيَ وَأَهْلُ زَوْجِهَا فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَتَقُولُ: إِنَّ أَهْلَكَ يُؤْذُونَنِي فَأَخْرِجْهُمْ عَنِّي أَوْ أَخْرِجْنِي عَنْهُمْ. رُبَّ امْرَأَةٍ لَا يَكُونُ لَهَا ذَلِكَ لِكَوْنِ صَدَاقِهَا قَلِيلاً وَتَكُونُ وَضِيعَةَ الْقَدْرِ، وَلَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عَلَى ذَلِكَ تَزَوَّجَهَا وَفِي الْمَنْزِلِ سَعَةٌ، فَأَمَّا ذَاتُ الْقَدْرِ فَلاَ بُدَّ لَهُ أَنْ يَعْزِلَهَا، وَإِنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَعْزِلَهَا حُمِلَ عَلَى الْحَقِّ أَبَرَّهُ ذَلِكَ أَوْ أَحْنَثَهُ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَلَيْسَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عِنْدِي خِلاَفًا لِقَوْلِ مَالِكٍ. اهـ.

وَقَدْ تَلَخَّصَ مِنْ هَذَا أَنَّ فِي الْأَوْلَادِ تَفْصِيلاً غَيْرَ الَّذِي فِي الزَّوْجَةِ، فَفِي الْأَوْلَادِ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَسْكُنُوا مِنْ أَوَّلِ وَهْلَةٍ أَوْ لَا، وَفِي الزَّوْجَةِ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ ذَاتَ قَدْرٍ أَوْ وَضِيعَةً، وَهَذَا ظَاهِرٌ مِنْ قَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَلَهَا الامْتِنَاعُ مِنْ أَنْ تَسْكُنَ مَعَ أَقَارِبِهِ إِلَّا الْوَضِيعَةَ كَوَلَدِ صَغِيرٍ لِأَحَدِهِمَا إِنْ كَانَ لَهُ حَاضِنٌ إِلَّا أَنْ يَبْنِيَ وَهُوَ مَعَهُ[1]. وَاللهُ أَعْلَمُ.

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٦.

باب في البيوع وما شاكلها

ذَكَرَ فِي هَذَا الْبَابِ الْبُيُوعَ وَمَا شَاكَلَهَا، أَيْ وَمَا شَابَهَهَا وَكَانَ مِثْلَهَا فِي كَوْنِهِ عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ، وَذَلِكَ كَبَيْعِ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِجِنْسِهِ، أَوْ بِنَقْدٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْأَخَصَّ هُوَ الَّذِي أَحَدُ عِوَضَيْهِ غَيْرُ ذَهَبٍ وَلَا فِضَّةٍ، وَكَذَلِكَ الْمُقَاصَّةُ وَالْحَوَالَةُ وَالشُّفْعَةُ وَالْقِسْمَةُ وَالْإِقَالَةُ وَالتَّوْلِيَةُ وَالتَّصْيِيرِ وَالسَّلَمُ، وَنَحْوُهَا مِمَّا أَدْمَجَهُ النَّاظِمُ فِي هَذَا الْبَابِ، وَفَصَلَ بَيْنَ أَنْوَاعِهِ بِالْفُصُولِ دُونَ الْأَبْوَابِ.

وَأَمَّا مَا فَسَّرَ بِهِ شُرَّاحُ الرِّسَالَةِ قَوْلَهَا: وَمَا شَاكَلَ الْبُيُوعَ مِنْ الْكِرَاءِ وَالْإِجَارَةِ لِكَوْنِهَا شِرَاءَ مَنْفَعَةٍ وَالْبَيْعُ شِرَاءُ رَقَبَةٍ. فَلَا يَصِحُّ تَفْسِيرُ كَلَامِ النَّاظِمِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُمَا فِي هَذِهِ التَّرْجَمَةِ بَلْ عَقَدَ لَهُمَا بَابًا مُسْتَقِلاً.

وَبَابُ الْبُيُوعِ مِمَّا يُتَعَيَّنُ الِاهْتِمَامُ بِمَعْرِفَةِ أَحْكَامِهِ لِعُمُومِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ؛ إِذْ لَا يَخْلُو مُكَلَّفٌ غَالِبًا مِنْ بَيْعٍ، أَوْ شِرَاءٍ، فَيَجِبُ أَنْ يَعْلَمَ حُكْمَ اللهِ فِي ذَلِكَ قَبْلَ التَّلَبُّسِ بِهِ.

قَالَ الْقَبَّابُ: لَا يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَجْلِسَ فِي السُّوقِ حَتَّى يَعْلَمَ أَحْكَامَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، فَإِنَّهُ يَكُونُ حِينَئِذٍ فَرْضًا وَاجِبًا عَلَيْهِ، كَذَلِكَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَعْلَمَ حُكْمَ مَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَدْفَعَ قِرَاضًا لِمَنْ لَا يَعْلَمُ أَحْكَامَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ الذِّمِّيَّ عَلَى الشِّرَاءِ وَلَا غَيْرِهِ، وَلَا يَتَوَكَّلُ لَهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشَارِكَ الذِّمِّيَّ إِلَّا إِذَا لَمْ يَغِبْ الذِّمِّيُّ عَلَى بَيْعٍ وَلَا شِرَاءٍ. اهـ.

وَبَعْدَ الْعِلْمِ بِمَا ذُكِرَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ بِمَا عَلِمَهُ وَيَجْتَهِدُ فِي ذَلِكَ، وَيَتَوَلَّى بَيْعَهُ وَشِرَاءَهُ بِنَفْسِهِ إِنْ قَدَرَ، وَإِلَّا فَغَيْرُهُ بِمُشَاوِرَتِهِ، وَلَا يَتَّكِلُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَنْ لَا يَعْرِفُ الْأَحْكَامَ، أَوْ يَعْرِفُهَا وَيَتَسَاهَلُ فِي الْعَمَلِ بِمُقْتَضَاهَا لِغَلَبَةِ الْفَسَادِ وَعُمُومِهِ.

وَالْبَيْعُ مَصْدَرُ بَاعَ الشَّيْءَ يَبِيعُهُ، إِذَا أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِعِوَضٍ أَوْ أَدْخَلَهُ فِيهِ، فَهُوَ مِنْ الْأَضْدَادِ يُطْلَقُ عَلَى الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ.

وَذَكَرَ الزَّنَاتِيُّ فِي شَرْحِ الرِّسَالَةِ أَنَّ لُغَةَ قُرَيْشٍ اسْتِعْمَالُ بَاعَ إِذَا أَخْرَجَ، وَاشْتَرَى إِذَا أَدْخَلَ، قَالَ: وَهِيَ أَفْصَحُ وَعَلَى هَذَا اصْطَلَحَ الْعُلَمَاءُ تَقْرِيبًا لِلْفَهْمِ. نَقَلَهُ الْحَطَّابُ[1].

وَفِي شَرْحِ الْجُزُولِيِّ عَلَى الرِّسَالَةِ مَا حَاصِلُهُ: إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاوِضَيْنِ بَائِعٌ لِمَا

---

(١) مواهب الجليل ٦/٤.

خَرَجَ مِنْ يَدِ مُشْتَرٍ لِمَا أَخَذَهُ، وَاصْطَلَحَ الْفُقَهَاءُ أَنَّ آخِذَ الْعَرَضِ يُسَمَّى مُشْتَرِيًا وَآخِذَ الْعَيْنِ بَائِعًا.

وَجَمَعَ النَّاظِمُ الْبَيْعَ وَإِنْ كَانَ مَصْدَرًا، وَحَقُّهُ أَنْ لَا يُجْمَعَ لِصِدْقِهِ عَلَى الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ، لَكِنَّهُ جَمَعَهُ بِاعْتِبَارِ أَنْوَاعِهِ، كَالْعُلُومِ وَالمِيَاهِ؛ لِأَنَّ مِنَ الْبَيْعِ صَحِيحًا وَفَاسِدًا، وَالمَبِيعَاتُ أُصُولٌ وَعُرُوضٌ، وَغَيْرُهُمَا كَمَا يَأْتِي.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ الْبُيُوعُ مَا نَصُّهُ: أَتَى بِجَمْعِ الْكَثْرَةِ لِتَعَدُّدِ الْأَنْوَاعِ، وَحَدَّهُ المَازِرِيُّ بِأَنَّهُ: نَقْلُ المِلْكِ بِعِوَضٍ، وَهَذَا يَشْمَلُ الصَّحِيحَ وَالْفَاسِدَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْفَاسِدَ يَنْقُلُ المِلْكَ، ثُمَّ قَالَ: وَإِنْ قُلْنَا لَا يَنْقُلُ لَمْ يَشْمَلْهُ، لَكِنَّ الْعَرَبَ قَدْ تَكُونُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُمْ صَحِيحَةً؛ لِاعْتِقَادِهِمْ أَنَّ المِلْكَ قَدِ انْتَقَلَ عَلَى حُكْمِهِمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَنْتَقِلْ عَلَى حُكْمِ الْإِسْلَامِ خَلِيلٌ، وَإِنْ أَرَدْتَ إِخْرَاجَهُ بِوَجْهٍ لَا شَكَّ فِيهِ، فَزِدْ بِوَجْهٍ جَائِزٍ. اهـ[1].

وَحَدَّهُ ابْنُ عَرَفَةَ بِقَوْلِهِ: عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى غَيْرِ مَنَافِعَ، وَلَا مُتْعَةِ لَذَّةٍ وَمُكَايَسَةٍ، أَحَدُ عِوَضَيْهِ غَيْرُ ذَهَبٍ وَلَا فِضَّةٍ، مُعَيَّنٌ غَيْرُ الْعَيْنِ فِيهِ[2].

فَقَوْلُهُ: عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ. يَشْمَلُ هِبَةَ الثَّوَابِ وَالصَّرْفَ وَالمُرَاطَلَةَ وَالسَّلَمَ، وَأَخْرَجَ بِهِ التَّبَرُّعَاتِ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ.

وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ: غَيْرِ مَنَافِعَ. الْكِرَاءُ وَالْإِجَارَةُ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيهِمَا عَلَى المَنَافِعِ.

وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ: وَلَا مُتْعَةِ لَذَّةٍ. النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى مُتْعَةِ التَّلَذُّذِ.

وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ: ذُو مُكَايَسَةٍ. هِبَةُ الثَّوَابِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى المُكَارَمَةِ.

وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ: أَحَدُ عِوَضَيْهِ غَيْرُ ذَهَبٍ وَلَا فِضَّةٍ. الصَّرْفُ وَالمُرَاطَلَةُ؛ لِأَنَّ الْعِوَضَيْنِ مَعًا ذَهَبٌ أَوْ فِضَّةٌ أَوْ مُجْتَمِعٌ مِنْهُمَا، وَشَمِلَ قَوْلُهُ: أَحَدَ عِوَضَيْهِ... إلَخْ. مَا إِذَا كَانَ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً وَالْآخَرُ عَرْضًا، وَمَا إِذَا كَانَا مَعًا عَرْضَيْنِ، وَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ أَنَّ هَذَا الْوَجْهَ يُسَمَّى المُعَاوَضَةَ.

وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ: مُعَيَّنٌ غَيْرُ الْعَيْنِ فِيهِ. السَّلَمُ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَيْنِ فِيهِ وَهُوَ المُسْلَمُ فِيهِ فِي الذِّمَّةِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٥.

(٢) منح الجليل ٤/ ٤٣٣، ومواهب الجليل ٦/ ٨.

مَـــا يُـــسْتَجَازُ بَيْعُـــهُ أَقْـــسَامُ ... أُصُـــولٌ أَوْ عُـــرُوضٌ أَوْ طَعَـــامُ

أَوْ ذَهَـــبٌ أَوْ فِـــضَّةٌ أَوْ ثَمَـــرُ ... أَوْ حَيَـــوَانٌ وَالْجَمِيـــعُ يُـــذْكَرُ

أَخْبَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ يَنْقَسِمُ إِلَى سِتَّةِ أَنْوَاعٍ:

الْأَوَّلُ: أُصُولٌ، وَذَلِكَ كَالدُّورِ وَالْحَوَائِطِ وَالْفَنَادِقِ وَالْحَوَانِيتِ وَالْأَرَضِينَ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي: عُرُوضٌ، كَالثِّيَابِ وَالسِّلَاحِ وَالْآلَاتِ وَنَحْوِهَا.

الثَّالِثُ: طَعَامٌ كَالْحُبُوبِ مِنْ الْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ، وَالْقَطَانِيِّ، وَإِدَامٌ كَالسَّمْنِ وَالزَّيْتِ وَمُصْلِحَاتِهِ، كَالْمِلْحِ وَالْبَصَلِ وَنَحْوِهِمَا.

الرَّابِعُ: ذَهَبٌ وَفِضَّةٌ، وَهُمَا النَّقْدَانِ اللَّذَانِ يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الْأَغْرَاضُ مِنْ حَيْثُ التَّنْمِيَةُ الْمَنُوطَةُ بِهِمَا.

الْخَامِسُ: ثَمَرٌ، وَذَلِكَ كَالْفَوَاكِهِ وَالْمَقَاثِئِ وَالْخُضَرِ، وَأَفْرَدَهَا بِالذِّكْرِ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ الطَّعَامِ لِمَا اخْتَصَّتْ بِهِ عَنْ الطَّعَامِ مِنْ اشْتِرَاطِ بُدُوِّ الصَّلَاحِ فِي جَوَازِ بَيْعِهَا وَغَيْرِ ذَلِكَ.

السَّادِسُ: حَيَوَانٌ، كَالرَّقِيقِ وَالدَّوَابِّ وَالْأَنْعَامِ وَالْوَحْشِ وَالطَّيْرِ.

وَفَائِدَةُ تَقْسِيمِ هَذِهِ الْمَبِيعَاتِ لِمَا ذُكِرَ اخْتِصَاصُ كُلِّ نَوْعٍ مِنْهَا بِأَحْكَامٍ مُعْتَبَرَةٍ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ تُعْتَبَرْ فِي غَيْرِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، كَالْعُيُوبِ الْمُوجِبَةِ لِلْقِيمَةِ فِي الْأُصُولِ، أَوْ لِلرَّدِّ فِي الْحَيَوَانِ، وَالْعُرُوضِ وَرِبَا الْفَضْلِ وَالنَّسَاءِ فِي النَّقْدَيْنِ وَالطَّعَامَيْنِ، وَبُدُوِّ الصَّلَاحِ فِي الثِّمَارِ، وَالْعُهْدَتَيْنِ فِي الرَّقِيقِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ.

وَالْمُرَادُ بِالْجَوَازِ فِي النُّطْقِ: الْجَوَازُ الْأَعَمُّ الشَّامِلُ لِلْوُجُوبِ وَغَيْرِهِ.

قَالَ الْإِمَامُ الْحَطَّابُ: وَالْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ، وَقَدْ يَعْرِضُ لَهُ الْوُجُوبُ كَمَنْ اُضْطُرَّ لِشِرَاءِ طَعَامٍ أَوْ شَرَابٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَالنَّدْبُ كَمَنْ أَقْسَمَ عَلَى إِنْسَانٍ أَنْ يَبِيعَ لَهُ سِلْعَةً لَا ضَرُورَةَ عَلَيْهِ فِي بَيْعِهَا، فَيُنْدَبُ إِلَى إِجَابَتِهِ؛ لِأَنَّ إِبْرَارَ الْمُقْسِمِ فِيمَا لَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، وَالْكَرَاهَةُ كَبَيْعِ الْهِرِّ وَالسِّبَاعِ لِأَخْذِ جُلُودِهَا، وَالتَّحْرِيمُ كَالْبُيُوعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا، وَحِكْمَةُ مَشْرُوعِيَّتِهِ الرِّفْقُ بِالْعِبَادِ، وَالتَّعَاوُنُ عَلَى حُصُولِ الْمَعَاشِ،

وَلِهَذَا يُمْنَعُ احْتِكَارُ مَا يَضُرُّ بِالنَّاسِ. اهـ[1].

وَلِلْبَيْعِ ثَلاَثَةُ أَرْكَانٍ: الْأَوَّلُ الصِّيغَةُ، الثَّانِي الْعَاقِدُ وَالْمُرَادُ بِهِ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي مَعًا، الثَّالِثُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَالْمُرَادُ بِهِ الثَّمَنُ وَالْمَثْمُونُ مَعًا، فَهِيَ فِي الْحَقِيقَةِ خَمْسَةٌ، وَلَمَّا كَانَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي يَشْتَرِكَانِ فِي الشُّرُوطِ كَمَا يَأْتِي قَرِيبًا، عَبَّرُوا عَنْهُمَا بِالْعَاقِدِ، وَكَذَلِكَ الثَّمَنُ وَالْمَثْمُونُ يُشْتَرَطُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يُشْتَرَطُ فِي الْآخَرِ، فَلِذَلِكَ عَبَّرُوا عَنْهُمَا بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَالصِّيغَةُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنْ قَوْلٍ: كَبِعْت وَيَرْضَى الْمُشْتَرِي، أَوْ ابْتَعْتُ وَيَرْضَى الْبَائِعُ، أَوْ فِعْلٍ كَالْمُعَاطَاةِ، وَذَلِكَ فِيمَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مَعْلُومَةً، فَيَضَعُ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ وَيُعْطِي الْبَائِعُ الْمَثْمُونَ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ، وَأَمَّا الْعَاقِدُ فَيُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ انْعِقَادِ الْبَيْعِ أَنْ يَكُونَ عَاقِدُهُ مُمَيِّزًا، فَبَيْعُ غَيْرِ الْمُمَيِّزِ لِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سُكْرٍ غَيْرُ مُنْعَقِدٍ، فَضْلاً عَنْ كَوْنِهِ لَازِمًا، وَيُشْتَرَطُ فِي لُزُومِهِ كَوْنُ عَاقِدِهِ رَشِيدًا طَائِعًا، فَبَيْعُ الْمَحْجُورِ مُنْعَقِدٌ غَيْرُ لَازِمٍ يَتَوَقَّفُ لُزُومُهُ عَلَى إِجَازَةِ حَاجِرِهِ.

وَقَدْ أَشَارَ النَّاظِمُ إِلَى هَذِهِ الشُّرُوطِ بِقَوْلِهِ: فِي بَيْعِ الْأُصُولِ مِمَّنْ لَهُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ، وَكَذَا الْمُكْرَهُ -بِفَتْحِ الرَّاءِ- إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الْبَيْعِ بَيْعُهُ غَيْرُ لَازِمٍ أَيْضًا، إِلَّا إِذَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ فِي حَقٍّ شَرْعِيٍّ كَقَضَاءِ دَيْنٍ وَنَحْوِهِ، فَلاَ يُشْتَرَطُ رِضَاهُ.

وَأَمَّا الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فَلَهُ سَبْعَةُ شُرُوطٍ:

الْأَوَّلُ: الطَّهَارَةُ، فَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ نَجِسِ الْعَيْنِ كَالزِّبْلِ، وَلَا الْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يَقْبَلُ التَّطْهِيرَ كَالزَّيْتِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهَا، أَمَّا الْمُتَنَجِّسُ الَّذِي يَقْبَلُ الطَّهَارَةَ كَالثَّوْبِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا بَيَّنَ كَوْنَهُ نَجِسًا، وَيَتَأَكَّدُ الْبَيَانُ إِذَا كَانَ جَدِيدًا وَتَعَدُّدُهُ كَذَلِكَ.

الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مُنْتَفَعًا بِهِ، فَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْحَيَوَانِ غَيْرِ الْمَأْكُولِ اللَّحْمِ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى الْمَوْتِ، وَكَذَا مَأْكُولُ اللَّحْمِ عَلَى مَا قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ لِلْغَرَرِ فِي حَيَاتِهِ وَحُصُولِ ذَكَاتِهِ؛ لِاحْتِمَالِ عَدَمِ حَرَكَتِهِ بَعْدَ ذَبْحِهِ.

الثَّالِثُ: عَدَمُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِهِ، فَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْكِلاَبِ لِوُرُودِ النَّهْيِ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي جَوَازِ بَيْعِ مَا أُذِنَ فِي اتِّخَاذِهِ مِنْهَا وَسَيَأْتِي، وَكَذَا الْأُضْحِيَّةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَنَحْوُهَا.

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ١١.

الرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ مَقْدُورًا عَلَيْهِ، فَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الآبِقِ إِنْ لَمْ يُعْرَفْ مَحَلُّهُ، وَكَذَا إِنْ عُرِفَ عَلَى المَشْهُورِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبَعِيرِ الشَّارِدِ وَلَا الْإِبِلِ المُهْمَلَةِ، وَكَذَا المَغْصُوبِ إِنْ كَانَ الْغَاصِبُ لَا تَنَالُهُ الأَحْكَامُ إِلَّا أَنْ يُبَاعَ لِغَاصِبِهِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَرُدَّهُ لِرَبِّهِ مُدَّةً، وَحِينَئِذٍ يُبَاعُ لِغَاصِبِهِ، أَوْ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

الخَامِسُ: أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِبَائِعِهِ، أَوْ لِمَنْ نَابَ عَنْهُ بِوَكَالَةٍ أَوْ إِيصَاءٍ، فَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ لَك، فَإِنْ وَقَعَ تَوَقَّفَ ذَلِكَ عَلَى رِضَا مَالِكِهِ، وَهُوَ المَعْرُوفُ بِبَيْعِ الْفُضُولِيِّ، وَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ فِيهِ تَفْصِيلٌ.

السَّادِسُ: أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَتَقَرَّرُ مَلِكُ مُبْتَاعِهِ عَلَيْهِ وَلَوْ وَجَبَ عِتْقُهُ إِذْ بِهِ يَجِبُ، فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ مُصْحَفٌ أَوْ مُسْلِمٌ لِكَافِرٍ لِعَدَمِ تَقَرُّرِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ، فَإِنْ وَقَعَ فَلاَ يُفْسَخُ، وَيُبَاعُ عَلَيْهِ وَيَدْخُلُ فِي قَوْلِهِمْ: مِمَّا يَتَقَرَّرُ مَلِكُ مُبْتَاعِهِ عَلَيْهِ. مَنْ اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ أَقَارِبِهِ، فَإِنَّهُ مِمَّا يَتَقَرَّرُ مِلْكُهُ عَلَيْهِ، وَلِذَلِكَ وَجَبَ عِتْقُهُ عَلَيْهِ وَكَانَ لَهُ وَلاَؤُهُ.

السَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا جُمْلَةً وَتَفْصِيلاً، مَثْمُونًا كَانَ أَوْ ثَمَنًا، فَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ المَجْهُولِ جُمْلَةً كَبَيْعِ الحُوتِ فِي المَاءِ، وَلَا الْبَيْعُ بِزِنَةِ حَجَرٍ مَجْهُولِ الْقَدْرِ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً، وَلَا بَيْعُ مَعْلُومِ الْقَدْرِ جُمْلَةً مَجْهُولِ التَّفْصِيلِ كَعَبْدَيْ رَجُلَيْنِ بِمِائَةٍ مَثَلاً، وَهُوَ الَّذِي يُعَبِّرُونَ عَنْهُ بِجَمْعِ الرَّجُلَيْنِ سِلْعَتَهُمَا فِي الْبَيْعِ؛ إِذْ لَا يُدْرَى مَا يَنُوبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الْعَبْدَيْنِ مِنَ المِائَةِ.

(تَنْبِيهٌ) إِذَا بِيعَ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَمَا لَا يَجُوزُ كَثَوْبٍ وَخَمْرٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَنُقِلَ فِي إِيضَاحِ المَسَالِكِ فِي ذَلِكَ تِسْعَةُ أَقْوَالٍ: فَسْخُ الجَمِيعِ، فَسْخُ مَا قَابَلَ الحَرَامَ وَصِحَّةُ مَا قَابَلَ الحَلاَلَ، وَثَالِثُهَا الأَقَلُّ يَتْبَعُ الأَكْثَرَ. أُنْظُرْ بَقِيَّتَهَا فِي تَرْجَمَةِ الْعَقْدِ، هَلْ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

وَالْبَيْعُ وَالشَّرْطُ الحَلاَلُ إِنْ وَقَعْ	مُؤَثِّرًا فِي ثَمَنٍ مِمَّا امْتَنَعْ
وَكُلُّ مَا لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرُ	فِي ثَمَنٍ جَوَازُهُ مَأْثُورُ
وَالشَّرْطُ إِنْ كَانَ حَرَامًا بَطَلاَ	بِهِ المَبِيعُ مُطْلَقًا إِنْ جُعِلاَ

يَعْنِي أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا وَقَعَ مُصَاحِبًا الشَّرْطَ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الشَّرْطُ حَلاَلًا أَوْ حَرَامًا، فَإِنْ كَانَ حَلاَلًا فَفِيهِ تَفْصِيلٌ، إِنْ وَقَعَ مُؤَثِّرًا فِي الثَّمَنِ جَهْلاً مَثَلاً فَهُوَ مَمْنُوعٌ

وَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، وَإِنْ لَمْ يُؤَثِّرْ فِي ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ وَالْبَيْعُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ مَعْمُولٌ بِهِ، وَإِلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي، وَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ حَرَامًا بَطَلَ بِهِ الْبَيْعُ مُطْلَقًا، أَيْ أَثَّرَ جَهْلاً فِي الثَّمَنِ أَوْ لَا، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّالِثِ.

فَمِثَالُ الشَّرْطِ الْحَلَالِ الْمُؤَثِّرِ فِي الثَّمَنِ جَهْلاً: أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ لَا يَبِيعَ مَا اشْتَرَى مِنْهُ وَلَا يَهَبَهُ، فَنَفْسُ الشَّرْطِ وَهُوَ كَوْنُ الْمُشْتَرِي يَتَمَسَّكُ بِمَا اشْتَرَى وَلَا يَبِيعُهُ وَلَا يَهَبُهُ حَلَالٌ جَائِزٌ، وَاشْتِرَاطُهُ الدُّخُولَ عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ إِنَّمَا يَكُونُ غَالِبًا بِرُخْصٍ وَنَقْصٍ عَنْ ثَمَنِ ذَلِكَ الْمَبِيعِ لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ فِي بَيْعِهِ، لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحْجِيرِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَمِقْدَارُ مَا انْتُقِصَ مِنَ الثَّمَنِ لِأَجْلِ ذَلِكَ الشَّرْطِ مَجْهُولٌ، وَالْجَهْلُ فِي الثَّمَنِ لَا يَجُوزُ وَيَفْسُدُ بِهِ الْبَيْعُ، وَمِثَالُهُ أَيْضًا أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُ الْمُتَبَايِعَيْنِ عَلَى الْآخَرِ أَنْ يُسَلِّفَهُ دَرَاهِمَ طَعَامًا مَثَلاً، فَنَفْسُ الْمَشْرُوطِ الَّذِي هُوَ السَّلَفُ جَائِزٌ، وَاشْتِرَاطُهُ وَانْعِقَادُ الْبَيْعِ عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ السَّلَفُ مِنَ الْبَائِعِ، فَإِنَّمَا يَبِيعُ غَالِبًا بِأَكْثَرَ مِنَ الْقِيمَةِ لِأَجْلِ السَّلَفِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّمَا يَشْتَرِي غَالِبًا بِأَقَلَّ لِأَجْلِ السَّلَفِ أَيْضًا، وَمِقْدَارُ مَا ازْدَادَ فِي الثَّمَنِ أَوْ انْتُقِصَ بِسَبَبِ الشَّرْطِ مَجْهُولٌ، وَالْمَجْهُولُ فِي الثَّمَنِ مَمْنُوعٌ يَفْسُدُ بِهِ الْبَيْعُ، وَلَوْ تَحَقَّقْنَا أَنْ لَا زِيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَلَا نَقْصَ؛ لِأَنَّ الْقَاعِدَةَ: أَنَّ الْحُكْمَ إِذَا عُلِّلَ بِعِلَّةٍ غَالِبًا اكْتُفِيَ بِغَلَبَتِهَا عَنْ تَتَبُّعِهَا فِي كُلِّ صُورَةٍ صُورَةٍ، إِعْطَاءً لِلنَّادِرِ حُكْمَ الْغَالِبِ. قَالَهُ فِي التَّوْضِيحِ، وَعِبَارَةُ ابْنِ عَرَفَةَ فِي ذَلِكَ: الْحُكْمُ الْمُعَلَّقُ بِالْمَظِنَّةِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى تَحَقُّقِ الْحِكْمَةِ. اهـ.

وَعَلَّلَ بَعْضُهُمُ الْمَنْعَ فِي الْمِثَالِ الثَّانِي بِأَنَّ السَّلَفَ صَارَ بِسَبَبِ اشْتِرَاطِهِ مِنْ جُمْلَةِ الثَّمَنِ، وَالِانْتِفَاعُ بِهِ مَجْهُولٌ. اهـ. وَمَا عَلَّلْنَا بِهِ أَظْهَرُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَالْمَنْعُ فِي الْمِثَالِ الْأَوَّلِ أَشَدُّ؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَلَى التَّأْثِيرِ فِي الثَّمَنِ، عِلَّةً أُخْرَى لِلْمَنْعِ وَهِيَ كَوْنُ ذَلِكَ الْمُؤَثِّرِ مِنْ بَابِ اشْتِرَاطِ مَا يُوجِبُ الْحُكْمُ خِلَافَهُ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُوجِبُ جَوَازَ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَاهُ عَلَى أَيِّ وَجْهٍ شَاءَ مِمَّا أَبَاحَهُ الشَّارِعُ مِنْ بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَالتَّحْجِيرُ عَلَيْهِ بِأَنْ لَا يَبِيعَ وَلَا يَهَبَ شَرْطٌ مُنَاقِضٌ لِمُقْتَضَى عَقْدِ الْبَيْعِ، وَاشْتِرَاطُ مِثْلِهِ مَمْنُوعٌ وَيَفْسُدُ بِهِ الْبَيْعُ.

وَمِثَالُ الشَّرْطِ الْحَلَالِ الَّذِي لَا يُؤَثِّرُ فِي الثَّمَنِ اشْتِرَاطُ الْمُشْتَرِي كَوْنَ الثَّمَنِ إِلَى أَجَلٍ مُعَيَّنٍ غَيْرِ بَعِيدٍ جِدًّا، وَاشْتِرَاطُ الْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ الْمُؤَجَّلِ أَوِ الْمُعَجَّلِ أَنْ يُعْطِيَهُ فِيهِ رَهْنًا أَوْ

حَمِيلاً، فَإِنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ جَائِزٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ، فَلاَ يُتَوَهَّمُ فِيهِ أَنَّهُ مِنَ الشَّرْطِ الْمُؤَثِّرِ فِي الثَّمَنِ، وَهَذَا شَرْطٌ صَحِيحٌ مَعْمُولٌ بِهِ، وَهُوَ مِمَّا لَا يَقْتَضِيهِ عَقْدُ الْبَيْعِ وَلَا يُنَافِيهِ، وَفِيهِ مَصْلَحَةٌ لِلْبَائِعِ، وَيَنْدَرِجُ فِي هَذَا الْقِسْمِ الشَّرْطُ الَّذِي يَقْتَضِيهِ عَقْدُ الْبَيْعِ، كَالرُّجُوعِ بِدَرْكِ الْعَيْبِ وَالِاسْتِحْقَاقِ، وَيُعْمَلُ بِهِ وَلَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ، وَاشْتِرَاطُهُ تَأْكِيدٌ.

وَمِثَالُ الشَّرْطِ الْحَرَامِ مَنْ بَاعَ أَمَةً رَفِيعَةً وَاشْتَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يَمْنَعَهَا الدُّخُولَ وَالْخُرُوجَ، أَوْ اشْتَرَطَ كَوْنَهَا مُغَنِّيَةً، أَوْ بَاعَ دَارًا وَاشْتَرَطَ اتِّخَاذَهَا مَجْمَعًا لِأَهْلِ الْفَسَادِ فَالشَّرْطُ حَرَامٌ وَالْبَيْعُ بِهِ فَاسِدٌ، وَإِذَا فَسَدَ الْبَيْعُ بِالشَّرْطِ الْحَلاَلِ الْمُؤَثِّرِ فِي الثَّمَنِ، فَأَحْرَى أَنْ يَفْسُدَ بِالْحَرَامِ الْمُؤَثِّرِ، كَالْمِثَالِ الْأَوَّلِ وَالثَّالِثِ مِنْ هَذَا الْقِسْمِ، فَلاَ فَرْقَ فِي الشَّرْطِ الْحَرَامِ بَيْنَ كَوْنِهِ مُؤَثِّرًا فِي الثَّمَنِ أَوْ لَا، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْإِطْلاَقِ.

فَقَوْلُهُ: «وَالْبَيْعُ». مُبْتَدَأٌ خَبَرُهُ «مِمَّا امْتَنَعَ» وَ«الشَّرْطُ» عَطْفٌ عَلَى الْبَيْعِ، وَيَصِحُّ نَصْبُهُ عَلَى الْمَعِيَّةِ، «وَالْحَلاَلِ» نَعْتٌ لِلشَّرْطِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَ«مُؤَثِّرًا» حَالٌ مِنْ فَاعِلِ وَقَعَ الْعَائِدِ عَلَى الشَّرْطِ، وَفِي «ثَمَنٍ» يَتَعَلَّقُ بِمُؤَثِّرٍ، وَجَوَابُ الشَّرْطِ مَحْذُوفٌ لِدَلَالَةِ الْخَبَرِ عَلَيْهِ، وَهُوَ «مِمَّا امْتَنَعَ» وَ«كُلُّ» مُبْتَدَأٌ مُضَافٌ إِلَى «مَا» وَهِيَ نَكِرَةٌ مَوْصُوفَةٌ وَاقِعَةٌ عَلَى شَرْطٍ، أَيْ كُلُّ شَرْطٍ، وَجُمْلَةُ «لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ» صِفَةُ «مَا»، وَجُمْلَةُ «جَوَازُهُ مَأْثُورٌ» مِنَ الْمُبْتَدَأِ، وَالْخَبَرُ خَبَرُ «كُلُّ»، وَ«مَأْثُورٌ» أَيْ مَرْوِيٌّ، وَ«الشَّرْطُ» مُبْتَدَأٌ خَبَرُهُ جُمْلَةُ الشَّرْطِ وَجَوَابُهَا، وَمَرَّ «إِنْ كَانَ حَرَامًا بَطَلاَ بِهِ الْمَبِيعُ مُطْلَقًا»، وَ«إِنْ جُعِلَ» حَشْوٌ مُسْتَغْنًى عَنْهُ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ: إِنْ وَقَعَ، وَذَلِكَ هُوَ فَرْضُ الْمَسْأَلَةِ، وَ«الْمَبِيعُ» فَاعِلُ «بَطَلَ» وَهُوَ بِمَعْنَى الْبَيْعِ، أَوْ عَلَى حَذْفِ مُضَافٍ، أَيْ بَطَلَ بَيْعُ الْمَبِيعِ.

(تَنْبِيهَاتٌ):

الْأَوَّلُ: الْمَنْعُ فِي الشَّرْطِ الْحَلاَلِ الْمُؤَثِّرِ فِي الثَّمَنِ مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا اسْتَمَرَّ الْمُتَبَايِعَانِ عَلَى شُرُوطِهِمَا، أَمَّا إِنْ أَسْقَطَاهُ فَإِنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ، وَكَذَا يُقَيَّدُ الْمَنْعُ أَيْضًا فِي الْمِثَالِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ أَنْ لَا يَبِيعَ بِمَا إِذَا عَمَّمَ أَوْ اسْتَثْنَى قَلِيلاً، كَقَوْلِهِ لِلْمُشْتَرِي عَلَى أَنْ لَا يَبِيعَهُ جُمْلَةً، أَوْ لَا يَبِيعَهُ إِلَّا مِنْ فُلاَنٍ، وَأَمَّا إِذَا خَصَّ نَاسًا قَلِيلِينَ، كَقَوْلِهِ: بِعْهُ لِمَنْ شِئْتَ إِلَّا لِفُلاَنٍ، أَوْ لِبَنِي فُلاَنٍ. وَهُمْ قَلِيلُونَ جِدًّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِمْ، فَلاَ يَمْتَنِعُ هَذَا الشَّرْطُ؛ إِذْ لَا تَحْجِيرَ فِيهِ وَلَا بَدَّ وَلَا تَأْثِيرَ فِي الثَّمَنِ.

الثَّانِي: اعْلَمْ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي اشْتِرَاطِ السَّلَفِ بَيْنَ كَوْنِهِ بِدَلَالَةِ الْمُطَابَقَةِ كَمَا تَقَدَّمَ أَوْ

بِدَلَالَةِ الالْتِزَام، وَذَلِكَ كَمَنْ بَاعَ شَيْئًا لِمَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ حَالٌ، وَاشْتَرَطَ هَذَا الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي عَدَمَ الْمُقَاصَّةِ، بَلْ يَقْتَضِيهِ ثَمَنُ هَذَا المَبِيعِ وَيَبْقَى الدَّيْنُ عَلَى حُلُولِهِ، فَهَذَا بَيْعٌ وَاشْتِرَاطُ سَلَفٍ؛ لِأَنَّ مَنْ أَخَّرَ مَا أَوْجَبَ لَهُ عُدَّ مُسَلِّفًا، وَالْمُسَلَّفُ هُنَا الْمُشْتَرِي مِنْ هَذَا الْمَدِينِ. أُنْظُرْ الْحَطَّابَ، أَوْ فَصْلَ الْمُقَاصَّةِ.

الثَّالِثُ: اعْلَمْ أَنَّ النَّاظِمَ قَسَّمَ الشَّرْطَ الْمُصَاحِبَ لِعَقْدِ الْبَيْعِ إِلَى حَلَالٍ وَحَرَامٍ، وَقَسَّمَ الْحَلَالَ إِلَى مُؤَثِّرٍ فِي الثَّمَنِ وَغَيْرِ مُؤَثِّرٍ، وَتَلَخَّصَ مِنْ حُكْمِهِمَا أَنَّ الشَّرْطَ الْحَرَامَ وَالْحَلَالَ الْمُؤَثِّرَ فِي الثَّمَنِ الْبَيْعُ مَعَهُمَا فَاسِدٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَأَنَّ الشَّرْطَ الْحَلَالَ الَّذِي يُؤَثِّرُ فِي الثَّمَنِ الْبَيْعُ فِيهِ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ مَعْمُولٌ بِهِ.

وَبَقِيَ عَلَيْهِ قِسْمٌ ثَالِثٌ تَوَسَّطَ بَيْنَهُمَا الْبَيْعُ فِيهِ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَذَلِكَ كَمَنْ اشْتَرَطَ فِي بَيْعِ الْجَارِيَةِ أَوْ الْعَبْدِ كَوْنَهُمَا عُرْيَانَيْنِ مِنْ غَيْرِ ثَوْبٍ أَصْلاً، وَكَمَنِ اشْتَرَطَ ثِمَارًا أَوْ حَبًّا مَعَ أَرْضِهِ قَبْلَ وُجُوبِ الزَّكَاةِ وَاشْتَرَطَ الزَّكَاةَ عَلَى الْبَائِعِ، وَكَاشْتِرَاطِ الْبَائِعِ أَنْ لَا عُهْدَةَ عَلَيْهِ فِي عَيْبٍ أَوْ اسْتِحْقَاقٍ أَوْ لَا جَائِحَةَ عَلَيْهِ فِي ثِمَارٍ وَنَحْوِهَا، أَوْ لَا مُوَاضَعَةَ فِي الْجَارِيَةِ الَّتِي فِيهَا الْمُوَاضَعَةُ، أَوْ اشْتَرَطَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَأْتِ الْمُشْتَرِطُ بِالثَّمَنِ إِلَى أَجَلِ كَذَا، فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا، فَالْبَيْعُ فِي هَذِهِ الْفُرُوعِ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَ الْبَائِعُ فِي آخِرِهَا أَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ مُتَوَقِّفٌ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ، فَإِنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِدَفْعِهِ، وَكَذَا الْبَيْعُ عَلَى شَرْطِ عَدَمِ الْمُقَاصَّةِ، وَكَذَا اشْتِرَاطُ مَنْ اشْتَرَى بِدَيْنٍ أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَحِلُّ بِمَوْتِهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَقَدْ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ لِلْوَجْهِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ فِي تَعْدَادِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ: وَكَبَيْعٍ وَشَرْطٍ يُنَاقِضُ الْمَقْصُودَ كَأَنْ لَا يَبِيعَ[1]. ثُمَّ قَالَ: أَوْ يُخِلَّ كَبَيْعٍ وَسَلَفٍ[2]. ثُمَّ أَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي بِقَوْلِهِ مُشْبِهًا فِي الصِّحَّةِ: كَشَرْطِ رَهْنٍ وَحَمِيلٍ[3].

وَأَشَارَ إِلَى الثَّالِثِ بِقَوْلِهِ فِي فَصْلِ مَا يَتَنَاوَلُهُ الْبَيْعُ: وَالْعَبْدِ ثِيَابَ مِهْنَتِهِ، وَهَلْ يُوفِي بِشَرْطِ عَدَمِهَا وَهُوَ الْأَظْهَرُ أَوْ لَا؟ كَمُشْتَرِطِ زَكَاةِ مَا لَمْ يَطِبْ، وَأَنْ لَا عُهْدَةَ، أَوْ لَا مُوَاضَعَةَ، أَوْ لَا جَائِحَةَ أَوْ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِالثَّمَنِ لِكَذَا فَلاَ بَيْعَ[4].

---

(١) مختصر خليل ص ١٤٩.

(٢) مختصر خليل ص ١٤٩.

(٣) مختصر خليل ص ١٤٩.

(٤) مختصر خليل ص ١٥٩.

التَّنْبِيهُ الرَّابِعُ: اعْلَمْ أَنَّ الْإِمَامَ مَالِكًا ﷺ نَزَّلَ الْأَحَادِيثَ الْوَارِدَةَ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ عَلَى الْأَوْجُهِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ، فَنَزَّلَ مَا وَرَدَ مِنْ فَسَادِ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ مَعًا عَلَى الشَّرْطِ الْحَرَامِ وَالْحَلَالِ الْمُؤَثِّرِ فِي الثَّمَنِ، وَنَزَّلَ مَا وَرَدَ مِنْ جَوَازِهِمَا عَلَى الشَّرْطِ الْحَلَالِ الَّذِي لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي الثَّمَنِ، وَنَزَّلَ مَا وَرَدَ مِنْ جَوَازِ الْبَيْعِ وَبُطْلَانِ الشَّرْطِ عَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ.

ابْنُ رُشْدٍ: رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ الْوَارِثِ بْنَ سَعِيدٍ[1] قَالَ: قَدِمْتُ مَكَّةَ فَوَجَدْتُ فِيهَا أَبَا حَنِيفَةَ[2] وَابْنَ أَبِي لَيْلَى[3] وَابْنَ شُبْرُمَةَ[4]، فَقُلْتُ لِأَبِي حَنِيفَةَ: مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ بَاعَ بَيْعًا

---

(١) عبد الوارث بن سعيد بن ذكوان، أبو عبيدة، العنبري بالولاء، التنوري البصري، الإمام الثبت الحافظ، كان مولد عبد الوارث في سنة ١٠٢ هـ، كان فصيحًا من أئمة الحديث، توفي في المحرم سنة ١٨٠ هـ. انظر: التاريخ الكبير ٦/١١٨، والتاريخ الصغير ٢/٢٢١، والمعرفة والتاريخ ١/١٧١، ومشاهير علماء الأمصار ١٦٠، وتهذيب الكمال ٨٧٢، وميزان الاعتدال ٢/٦٧٧، وتذكرة الحفاظ ١/٢٥٧، والعبر ١/٢٧٦، وتهذيب التهذيب ٦/٤٤١، وخلاصة تذهيب الكمال ٢٤٧.

(٢) النعمان بن ثابت، التيمي بالولاء، الكوفي، أبو حنيفة، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. قيل: أصله من أبناء فارس. ولد سنة ٨٠ هـ، ونشأ بالكوفة، وكان يبيع الخز ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للتدريس والإفتاء، وأراده عمر بن هبيرة (أمير العراقين) على القضاء، فامتنع ورعًا، وأراده المنصور العباسي بعد ذلك على القضاء ببغداد فأبى، فحلف عليه ليفعلن، فحلف أبو حنيفة أنه لا يفعل، فحبسه إلى أن مات، وكان قوي الحجة، من أحسن الناس منطقًا، قال الإمام مالك يصفه: رأيت رجلاً لو كلمته في السارية أن يجعلها ذهبًا لقام بحجته! وكان كريمًا في أخلاقه، جوادًا، حسن المنطق والصورة، جهوري الصوت، إذا حدث انطلق في القول، وكان لكلامه دوي، وعن الإمام الشافعي: الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة، له (مسند) في الحديث، و(المخارج) في الفقه، وتنسب إليه رسالة (الفقه الأكبر)، توفي ببغداد سنة ١٥٠ هـ. انظر: تاريخ بغداد ١٣/٣٢٣، وابن خلكان ٢/١٦٣، والنجوم الزاهرة ٢/١٢، والبداية والنهاية ١٠/١٠٧، والجواهر المضية ١/٢٦، وتاريخ البخاري ٨/٨١، والتاريخ الصغير ٢/٤٣، والجرح والتعديل ٨/٤٤٩، والكامل في التاريخ ٥/ ٥٨٥، وتذهيب التهذيب ٤/٩٨، وتذكرة الحفاظ ١/١٦٨، وميزان الاعتدال ٤/٢٦٥.

(٣) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار (وقيل: داود) ابن بلال الأنصاري الكوفي، قاض، فقيه، من أصحاب الرأي، ولد سنة ٧٤ هـ، ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس، واستمر ٣٣ سنة، له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره، مات بالكوفة سنة ١٤٨ هـ. انظر: تهذيب التهذيب ٩/٣٠١، وميزان الاعتدال ٣/٨٧، ووفيات الأعيان ١/٤٥٢، والوافي بالوفيات ٣/٢٢١ وفيه: وفاته سنة ١٤٩.

(٤) عبد الله بن شبرمة الإمام العلامة، فقيه العراق، أبو شبرمة، قاضي الكوفة، ولد في أواخر عهد معاوية سنة ٥٨ هـ، ونشأ على حفظ القرآن ورواية السنة، روى عن أنس بن مالك، وأبي زرعة، وأبي معشر وغيرهم من التابعين، وكان شاعرًا، كريمًا، جوادًا، وتوفي سنة ١٤٤ هـ. انظر: تاريخ خليفة ٣٦١، وتاريخ البخاري ٥/١١٧، والتاريخ الصغير ٢/٧٧، والجرح والتعديل ٥/٨٢، ومشاهير علماء الأمصار ١٦٨، والكامل=

وَاشْتَرَطَ شَيْئًا، فَقَالَ: الْبَيْعُ بَاطِلٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ. ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ أَبِي لَيْلَى فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ: الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ. ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ شُبْرُمَةَ فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ: الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ جَائِزٌ. فَقُلْتُ: سُبْحَانَ اللهِ، ثَلاَثَةٌ مِنْ فُقَهَاءِ الْعِرَاقِ اخْتَلَفُوا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، فَأَتَيْتُ أَبَا حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ: مَا أَدْرِي مَا قَالاَ، إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ. ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ أَبِي لَيْلَى فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ: لَا أَدْرِي مَا قَالَا، قَالَتْ عَائِشَةُ ﵂: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ أَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ وَأُعْتِقَهَا، وَإِنِ اشْتَرَطَ أَهْلُهَا الْوَلَاءَ فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ»[1]. الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ. ثُمَّ أَتَيْتُ ابْنَ شُبْرُمَةَ فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ: لَا أَدْرِي مَا قَالَا، قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللهِ: «بِعْتُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ نَاقَةً وَشَرَطَ لِي حِلاَبَهَا وَظَهْرَهَا إِلَى الْمَدِينَةِ»[2]. الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ جَائِزٌ، فَعَرَفَ مَالِكٌ ؒ الْأَحَادِيثَ كُلَّهَا، فَاسْتَعْمَلَهَا فِي مَوَاضِعِهَا وَتَأَوَّلَهَا عَلَى وُجُوهِهَا، وَلَمْ يُمْعِنْ غَيْرُهُ النَّظَرَ، وَلَا أَحْسَنَ تَأْوِيلَ الْأَثَرِ. اهـ.

وَإِلَى هَذِهِ الْقَضِيَّةِ أَشَارَ الشَّيْخُ ابْنُ غَازِيٍّ ؒ بِقَوْلِهِ:

بَيْعُ الشُّرُوطِ الْحَنَفِيُّ حَرَّمَهْ ... وَجَابِرٌ سَوَّغَ لِابْنِ شبرمة

وَفُصِّلَتْ لِابْنِ أَبِي لَيْلَى الْأَمَهْ ... وَمَالِكٌ إِلَى الثَّلَاثِ قَسَّمَهْ

وَمُرَادُهُ بِالتَّفْصِيلِ: جَوَازُ الْبَيْعِ وَبُطْلَانُ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَيْنِ الْآخَرَيْنِ جَوَازُهُمَا، أَوْ بُطْلَانُهُمَا، وَالْمُرَادُ بِالْأَمَةِ: بَرِيرَةُ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: وَمَالِكٌ إِلَى الثَّلَاثِ قَسَّمَهْ. أَنَّ مَالِكًا قَسَّمَ الشَّرْطَ فِي الْبَيْعِ إِلَى الثَّلَاثَةِ الْأَقْسَامِ الْمُتَقَدِّمَةِ، فَالْأَلِفُ وَاللَّامُ فِي قَوْلِ الشَّيْخِ ابْنِ غَازِيٍّ: إِلَى الثَّلَاثِ. لِلْعَهْدِ وَالْمَعْهُودُ، الْأَقْسَامُ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ: قِسْمٌ يَصِحُّ فِيهِ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ مَعًا، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ حَلَالًا وَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي الثَّمَنِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَقِسْمٌ يَبْطُلَانِ مَعًا وَذَلِكَ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ حَرَامًا أَوْ حَلَالًا وَأَثَّرَ فِي الثَّمَنِ، وَقِسْمٌ يَصِحُّ فِيهِ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ وَذَلِكَ فِي الْوَجْهِ الثَّالِثِ، فَلَيْسَ مَوْضُوعُ الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ مَالِكٍ وَاحِدًا حَتَّى يَكُونَ خِلَافًا

=في التاريخ ٥ / ٢٢٨، وتهذيب الكمال ٦٩٢، وتذهيب التهذيب ٢/ ١٥٠، وتاريخ الإسلام ٥/٨٨، وميزان الاعتدال ٢/٤٣٨، وتهذيب التهذيب ٥/ ٢٥٠.

(١) صحيح البخاري (كتاب: العتق/باب: إذا قال المكاتب اشترني وأعتقني فاشتراه لذلك/حديث رقم: ٢٥٦٥).

(٢) المعجم الوسيط ٤/ ٣٣٥ (٤٣٦١).

حَقِيقَةً، بَلْ مَوْضُوعُ كُلِّ قَوْلٍ خِلاَفُ مَوْضُوعِ الْقَوْلِ الْآخَرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ. وَتَقَدَّمَ بَيَانُ مَوْضُوعِ كُلِّ قَوْلٍ مِنْ هَذِهِ الْأَقْوَالِ قَبْلَ كَلاَمِ ابْنِ رُشْدٍ هَذَا.

(فَرْعٌ) إِذَا اشْتَرَطَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ لَا يَبِيعَ وَلَا يَهَبَ وَلَا يُعْتِقَ حَتَّى يُعْطِيَ الثَّمَنَ، فَلاَ بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ إِذَا كَانَ إِعْطَاؤُهُ الثَّمَنَ لِأَجَلٍ مَعْلُومٍ. نَقَلَهُ الْحَطَّابُ عَنْ ابْنِ أَبِي زَمَنِينَ[1].

قُلْت: وَلَعَلَّ هَذِهِ فِي الْأُصُولِ فَقَطْ، أَوْ فِيهَا وَفِي غَيْرِهَا إِذَا وَضَعَ المَبِيعَ عِنْدَ أَمِينٍ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْآتِيَيْنِ فِي قَوْلِ النَّاظِمِ: «وَشَرْطُ إِبْقَاءِ المَبِيعِ فِي الثَّمَنْ رَهْنًا...» الْبَيْتَيْنِ. لِأَنَّ قَوْلَهُمْ هُنَا إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ يَقْتَضِي أَنَّهُ تَحْتَ يَدِ الْبَائِعِ، وَإِلَّا فَلاَ مَعْنَى لِكَوْنِهِ كَالرَّهْنِ، وَهُوَ تَحْتَ يَدِ الْمُشْتَرِي، وَإِذَا كَانَ تَحْتَ يَدِ الْبَائِعِ فَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الْآتِيَةُ لِلنَّاظِمِ.

(فَرْعٌ) قَالَ الْبُرْزُلِيُّ فِي مَسَائِلِ الضَّرَرِ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ: فِيمَنْ لَهُ دَارَانِ بَاعَ إِحْدَاهُمَا، وَاشْتَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ لَا يَرْفَعَ عَلَى الْحَائِطِ الْفَاصِلِ بَيْنَ الدَّارَيْنِ شَيْئًا مَخَافَةَ أَنْ يُظْلِمَ عَلَيْهِ دَارِهِ وَيَمْنَعَ مِنْ دُخُولِ الشَّمْسِ فِيهَا، فَالْتَزَمَهُ الْمُشْتَرِي أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ وَالشَّرْطَ لَازِمٌ. اهـ[2].

وَجَمْعُ بَيْعٍ مَعَ شِرْكَةٍ وَمَعْ ... صَرْفٍ وَجُعْلٍ وَنِكَاحٍ امْتَنَعْ

وَمَعْ مُسَاقَاةٍ وَمَعْ قِرَاضِ ... وَأَشْهَبُ الْجَوَازُ عَنْهُ مَاضِ

يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَنَسَبَهُ الشَّارِحُ لِابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ يَجْتَمِعَ الْبَيْعُ مَعَ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْعُقُودِ السِّتِّ الَّتِي أَوَّلُهَا الشَّرِكَةُ وَآخِرُهَا الْقِرَاضُ، خِلاَفًا لِأَشْهَبَ فَإِنَّهُ يَقُولُ بِجَوَازِ ذَلِكَ، وَنَقَلَ فِي التَّوْضِيحِ عَنْ الْقَرَافِيِّ مَنْعَ اجْتِمَاعِ الْبَيْعِ مَعَ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ السِّتِّ، وَبَقِيَ عَلَى النَّاظِمِ الْقَرْضُ أَيْ السَّلَفُ، فَلاَ يَجْتَمِعُ مَعَ الْبَيْعِ، وَكَمَا لَا يَجْتَمِعُ الْبَيْعُ مَعَ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ السَّبْعَةِ بِزِيَادَةِ الْقَرْضِ، فَكَذَلِكَ لَا يَجْتَمِعُ اثْنَانِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ؛ لِافْتِرَاقِ أَحْكَامِهَا هَكَذَا عِبَارَتُهُمْ، وَأَخْصَرُ مِنْ هَذَا أَنْ يُقَالَ ثَمَانِيَةُ عُقُودٍ لَا يَجْتَمِعُ اثْنَانِ مِنْهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ.

وَقَدْ قُلْت فِي ذَلِكَ تَبَعًا لِغَيْرِي فِي جُلِّ التَّعْبِيرِ مَا نَصُّهُ:

---

(١) مواهب الجليل ٦/٢٤٢.

(٢) مواهب الجليل ٦/٢٤٤.

عُقُودٌ مَنَعْنَا اثْنَيْنِ مِنْهَا بِعُقْدَةٍ لِكَوْنِ مَعَانِيهَا مَعًا تَتَفَرَّقُ

فَجُعْلٌ وَصَرْفٌ وَالْمُسَاقَاةُ شِرْكَةٌ نِكَاحٌ قِرَاضٌ قَرْضُ بَيْعٌ مُحَقَّقُ

وَبَاءُ «بِعُقْدَةٍ» ظَرْفِيَّةٌ وَ«قَرْضُ» بِغَيْرِ تَنْوِينٍ، وَحُذِفَ الْعَاطِفُ لِلْوَزْنِ، «وَمَعًا» بِمَعْنَى جَمِيعًا، وَظَاهِرُ قَوْلِهِ وَأَشْهَبُ الْجَوَازُ عَنْهُ مَاضٍ أَنَّ أَشْهَبَ يَقُولُ بِجَوَازِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْبَيْعِ وَكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْعُقُودِ السِّتِّ.

وَالَّذِي فِي ابْنِ الْحَاجِبِ أَنَّهُ يَقُولُ بِجَوَازِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالصَّرْفِ وَلَفْظُهُ: وَالصَّرْفُ وَالْبَيْعُ مُمْتَنِعٌ خِلاَفًا لِأَشْهَبَ[1]. وَالتَّصْرِيحُ بِمَنْعِ جَمْعِ الْبَيْعِ مَعَ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْعُقُودِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ هُوَ مِنْ زِيَادَةِ هَذَا النَّاظِمِ عَلَى مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ، إِلَّا مَنْعَ اجْتِمَاعِ الْإِجَارَةِ وَالْجُعْلِ، فَقَدْ صَرَّحَ بِهِ، حَيْثُ قَالَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ: كَمَعَ جُعْلٍ لَا بَيْعٍ[2]. وَيَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ الْمَذْكُورِ هُنَا الْإِجَارَةُ وَالْكِرَاءُ؛ لِأَنَّهُمَا بَيْعُ مَنَافِعَ، فَكَمَا يَمْتَنِعُ اجْتِمَاعُ الْبَيْعِ مَعَ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْعُقُودِ السِّتِّ، كَذَلِكَ يَمْتَنِعُ اجْتِمَاعُ الْإِجَارَةِ وَالْكِرَاءِ مَعَ وَاحِدٍ مِنْهَا.

وَيَجُوزُ الْبَيْعُ مَعَ الْإِجَارَةِ أَوْ الْكِرَاءِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ بَابٍ وَاحِدٍ، وَيَمْتَنِعُ اجْتِمَاعُ الْكِرَاءِ أَوْ الْبَيْعِ مَعَ الْجُعْلِ مَثَلاً، أَمَّا مَنْعُ اجْتِمَاعِ الْإِجَارَةِ مَعَ الْجُعْلِ، فَقَدْ تَقَدَّمَ قَرِيبًا فِي نَصِّ الشَّيْخِ خَلِيلٍ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

وَنَجَسٌ صَفْقَتُهُ مَحْظُورَهْ وَرَخَّصُوا فِي الزِّبْلِ لِلضَّرُورَةِ

تَقَدَّمَ أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ طَاهِرًا، فَلِذَلِكَ امْتَنَعَ بَيْعُ مَا هُوَ نَجَسٌ كَالزِّبْلِ، لَكِنَّهُمْ رَخَّصُوا فِي بَيْعِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الِانْتِفَاعِ بِهِ.

نَقَلَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللهُ عَنِ الْمُقَرِّبِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَكْرَهُ بَيْعَ رَجِيعِ بَنِي آدَمَ، وَلَمْ أَسْمَعْ مِنْهُ فِي الزِّبْلِ شَيْئًا، وَلَا أَرَى بِهِ بَأْسًا. اهـ[3].

وَفِي النَّوَادِرِ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: وَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ مَا زُبِلَ بِهِ، أَيْ بِرَجِيعِ بَنِي آدَمَ، وَبَلَغَنِي أَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَرِهَهُ وَلَا أَرَى بِهِ بَأْسًا[4].

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٤٢.
(٢) مختصر خليل ص ٢٠٤.
(٣) المدونة ٣/١٩٨.
(٤) المدونة ٣/١٩٩.

قَالَ أَشْهَبُ: أَكْرَهُ بَيْعَ رَجِيعِ بَنِي آدَمَ إِلَّا مَنْ اُضْطُرَّ إِلَيْهِ، وَالْمُبْتَاعُ أَعْذَرُ فِي شِرَائِهِ مِنْ بَائِعِهِ[1].

قَالَ الشَّارِحُ: أَقُولُ: مَسَاقُ هَذِهِ الرِّوَايَاتِ يَقْتَضِي كَرَاهَتَهَا، فَلِذَلِكَ عَبَّرَ الْمُتَأَخِّرُونَ عَنْهُمْ بِأَنَّهُمْ رَخَّصُوا فِي بَيْعِ الزِّبْلِ وَتَبِعَهُمْ الشَّيْخُ. اهـ.

قُلْت: وَمِمَّا تَدْعُو الضَّرُورَةُ إِلَيْهِ مَعَ الِاتِّفَاقِ عَلَى نَجَاسَتِهِ الْمَاءُ الْمُتَغَيِّرُ بِالنَّجَاسَةِ كَالْمُجْتَمِعِ مِنْ الْمَرَاحِيضِ، وَقِيَاسُهُ عَلَى الزِّبْلِ فِي التَّرَخُّصِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ أَحْرَى، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) فِي بَيْعِ مَا ظَهَرَ مِنْ فَضَلَاتِ الْبَهَائِمِ، قَالَ فِي الْمُقَرَّبِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ بَعْرِ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ وَأَخْثَاءِ الْبَقَرِ، وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ بَيْعُ خُرْءِ الْحَمَامِ وَالدَّجَاجِ غَيْرِ الْمُخَلَّاةِ، وَفِي الْمُخَلَّاةِ نَظَرٌ[2]، صَحَّ مِنْ الشَّارِحِ.

وَ«الْمَحْظُورُ» بِالظَّاءِ الْمُشَالَةِ، الْمَمْنُوعُ وَالتَّصْرِيحُ بِالتَّرْخِيصِ فِي بَيْعِ الزِّبْلِ مِنْ زِيَادَةِ هَذَا النَّاظِمِ عَلَى الْمُخْتَصَرِ.

---

(١) المدونة ٣/١٩٨.

(٢) المدونة ٣/١٩٩.

فصل في بيع الأصول

الْبَيْـعُ فِي الْأُصُـولِ جَـازَ مُطْلَقَـا إِلَّا بِـشَرْطٍ فِي الْبُيُـوعِ مُتَّقَـى

بِـأَضْرُبِ الْأَثْـمَانِ وَالْآجَـالِ مِمَّـنْ لَـهُ تَـصَرُّفٌ فِي الْـمَالِ

أَخْبَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْأُصُولِ، كَالدُّورِ وَالْحَوَائِطِ وَالْحَوَانِيتَ وَالْأَرَاضِي وَغَيْرِهَا، إِلَّا أَنْ يَصْحَبَ بَيْعَهَا شَرْطٌ يُتَّقَى فِي الْبُيُوعِ لِكَوْنِهِ يُنَاقِضُ مَقْصُودَ الْمُشْتَرِي، أَوْ يُخِلُّ بِالثَّمَنِ فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ إِذْ ذَاكَ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَاسْتِثْنَاؤُهُ الشَّرْطَ الْمُتَّقَى فِي الْبَيْعِ يُغْنِي عَنْهُ مَا سَبَقَ، وَلَعَلَّهُ خَافَ تَوَهُّمَ جَوَازِهِ بِالِانْدِرَاجِ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ: «جَازَ مُطْلَقًا». فَاسْتَثْنَاهُ لِذَلِكَ، فَإِذَا خَلَا بَيْعُهَا عَنِ الشَّرْطِ الْمَمْنُوعِ فَهُوَ جَائِزٌ بِالْعَيْنِ وَالْعَرْضِ وَالطَّعَامِ وَالرَّقِيقِ وَالدَّوَابِّ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَنْوَاعِ الْأَثْمَانِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الثَّمَنُ نَقْدًا وَإِلَى أَجَلٍ، أَيْ مَعْلُومٌ غَيْرُ بَعِيدٍ جِدًّا، وَإِلَى هَذَا التَّعْمِيمِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي، فَهُوَ تَفْسِيرٌ لِلْإِطْلَاقِ الَّذِي فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَقَوْلُهُ: «مِمَّنْ لَهُ تَصَرُّفٌ». يَتَعَلَّقُ بِالْبَيْعِ، أَيْ بَيْعُ الْأُصُولِ جَائِزٌ إِذَا وَقَعَ وَصَدَرَ مِمَّنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ وَهُوَ الرَّشِيدُ، وَهُوَ تَصْرِيحٌ بِاشْتِرَاطِ الرُّشْدِ فِي الْبَائِعِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ مِنْ قَوْلِهِ: «مِمَّنْ لَهُ تَصَرُّفٌ». بِمَعْنَى اللَّازِمِ، أَيْ يَجُوزُ بَيْعُ الْأُصُولِ لِمَنْ لَهُ التَّصَرُّفُ، فَيَكُونُ نَصًّا فِي اشْتِرَاطِ الرُّشْدِ فِي الْمُشْتَرِي أَيْضًا، وَكُلٌّ مِنَ الِاحْتِمَالَيْنِ صَحِيحٌ، إِذِ الرُّشْدُ شَرْطٌ فِي كُلٍّ مِنَ الْمُتَعَاوِضَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ شَرْطٌ فِي اللُّزُومِ لَا فِي الِانْعِقَادِ؛ لِأَنَّ الِانْعِقَادَ يَجُوزُ مِنَ الْمُمَيِّزِ وَلَوْ مَحْجُورًا، وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا مِنَ الرَّشِيدِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَذَلِكَ الشَّرْطُ لَا يَخْتَصُّ بِبَيْعِ الْأُصُولِ، بَلْ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْمَبِيعَاتِ.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ رُشْدٍ فِي آخِرِ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ جَامِعِ الْبُيُوعِ: الْبَلَدُ الَّذِي تَجُوزُ فِيهِ جَمِيعُ السِّكَكِ جَوَازًا وَاحِدًا لَا فَضْلَ لِبَعْضِهَا عَلَى بَعْضٍ لَيْسَ عَلَى مَنِ ابْتَاعَ فِيهِ شَيْئًا أَنْ يُبَيِّنَ بِأَيِّ سِكَّةٍ يَبْتَاعُ، وَيُجْبَرُ الْبَائِعُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ سِكَّةٍ أَعْطَاهُ، كَمَا أَنَّ الْبَلَدَ إِذَا كَانَتْ تَجْرِي فِيهِ سِكَّةٌ وَاحِدَةٌ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَيِّنَ بِأَيِّ سِكَّةٍ يَبْتَاعُ، وَيُجْبَرُ عَلَى أَنْ يَقْبِضَ السِّكَّةَ الْجَارِيَةَ، وَأَمَّا الْبَلَدُ الَّذِي تَجْرِي فِيهِ جَمِيعُ السِّكَكِ، وَلَا تَجُوزُ فِيهِ بِجَوَازٍ وَاحِدٍ، لَا يَجُوزُ

الْبَيْعُ فِيهِ حَتَّى يُبَيِّنَ بِأَيِّ سِكَّةٍ يَبْتَاعُ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ كَانَ الْبَيْعُ فَاسِدًا. اهـ[١].

(فَرْعٌ) سُئِلَ الْأُسْتَاذُ أَبُو سَعِيدِ بْنُ لُبٍّ عَمَّا يَكْثُرُ وُقُوعُهُ، وَهُوَ أَنْ يَتَسَامَحَ النَّاسُ فِي اقْتِضَاءِ الدَّرَاهِمِ النَّاقِصَةِ عَنْ الْوَازِنَةِ إِلَى أَنْ تَصِيرَ الدَّرَاهِمُ كُلُّهَا نَقْصًا، وَيَقَعُ التَّشَاحُّ بَعْدَ انْعِقَادِ الْبَيْعِ فِي زَمَنِ التَّسَامُحِ، وَوُقُوعُ الْقَبْضِ فِي وَقْتٍ آخَرَ يَكُونُ أُولُو الْأَمْرِ قَدْ أَلْزَمُوا النَّاسَ التَّعَامُلَ بِالْوَزْنِ. فَأَجَابَ: بِأَنَّ الْعُقُودَ مَحْمَلُهَا عَلَى السِّكَّةِ الْوَازِنَةِ عَلَى أَصْلِهَا، وَعَلَى هَذَا جَرَى الْعُرْفُ فِي الْعُقُودِ، وَمَا يَجْرِي بَيْنَ النَّاسِ مِنْ الْمُسَامَحَةِ، كَالتَّعَامُلِ النَّاجِزِ عِنْدَ الِاقْتِضَاءِ لَا تَعْمُرُ بِهِ الذِّمَمُ، وَلَا يَجُوزُ الدُّخُولُ فِي الْعُقُودِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، ثُمَّ قَالَ: وَالَّذِي يُوجِبُهُ النَّظَرُ الْفِقْهِيُّ فِي النَّازِلَةِ أَنْ يُنْظَرَ إِلَى تَوَارِيخِ الْعُقُودِ، فَمَا انْعَقَدَ مِنْهَا عَلَى الْمُسَامَحَةِ فِي وَقْتِ اخْتِلَاطِ الدَّرَاهِمِ فِي التَّعَامُلِ وَجَوَازِ النَّاقِصِ مَعَ الْوَازِنِ عَلَى حَدٍّ وَاحِدٍ فِي الْأَشْيَاءِ كُلِّهَا لِعَدَمِ تَعَلُّقِ الْأَغْرَاضِ بِالْوَازِنَةِ دُونَ النَّاقِصَةِ فَالْحُكْمُ فِيهَا بِالْوَازِنَةِ.

وَإِنْ جَرَتْ النَّاقِصَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى التَّجَاوُزِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَلَى الطَّوْعِ، فَأَمَّا مَا يُحْكَمُ بِهِ، وَمَا يُبْدِي الْحَالِفُ عَلَى الْقَضَاءِ، فَبِالْوَازِنَةِ الَّتِي ضُرِبَتْ عَلَيْهَا سِكَّةُ ذَلِكَ الْبَلَدِ، قَالَهُ فِي الْوَاضِحَةِ، وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ السِّكَّةَ الْمَوْجُودَةَ الْبَاقِيَةَ عَلَى ضَرْبِهَا هِيَ الْأَصْلُ فِي تَعَلُّقِ الْحُقُوقِ بِهَا دُونَ مَا دَخَلَهُ الْفَسَادُ مِنْهَا؛ إِذْ التَّسَامُحُ فِي قَبْضِهِ مَعْرُوفٌ يَصْنَعُهُ الْقَابِضُ، وَلَا يَدْخُلُ بِالْحُقُوقِ فِي بَابِ التَّسَامُحِ وَالْمَعْرُوفِ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ، وَمَا انْعَقَدَ عَلَى الْمُسَاكَنَةِ فِي آخِرِ تِلْكَ الْمُدَّةِ وَقْتَ أَنْ خَلَتْ وُجُوهُ التَّعَامُلِ مِنْ الدَّرَاهِمِ الْوَازِنَةِ، كَمَا ذُكِرَ فِي السُّؤَالِ، فَالْوَاجِبُ فِيهِ الْآنَ الْحُكْمُ بِالدَّرَاهِمِ الْجَارِيَةِ فِي وَقْتِ التَّعَاقُدِ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي كَانَتْ حِينَئِذٍ مُتَعَلَّقُ الْأَغْرَاضِ وَمَنَاطُ الْأَحْكَامِ، فَيَبْقَى الْأَمْرُ بَعْد ذَلِكَ كَمَا كَانَ قَائِمًا؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَقْصِدُونَ إِلَى مَا يَجِدُونَ وَيَعْقِدُونَ عَلَى مَا يَعْتَادُونَ، وَالْعَادَةُ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ كَالشَّرْطِ، وَلَيْسَ هَذَا مِمَّا يَتَنَاوَلُهُ النَّصُّ الْمُتَقَدِّمُ؛ لِأَنَّهُ عِنْد وُجُودِ الْوَازِن مُخْتَلَطًا بِالنَّاقِصِ، فَلَمْ يُعَيِّنْ عُرْفُ التَّعَامُلِ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ بِخِلَافِ هَذَا الْوَجْهِ الَّذِي خَصَّ الْوُجُودُ فِيهِ الْوَصْفَ وَعَيَّنَ الْمَقْصُودَ. اهـ. بِاخْتِصَارٍ.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: وَإِنْ كَانَ فِي الْعَقْدِ أَنَّهُ قَبَضَهَا مُقَلَّبَةً، ثُمَّ أَتَى الْبَائِعُ بِدَرَاهِمَ

---

(١) البيان والتحصيل ٧/ ٣٢٠.

رَدِيئَةٍ يَزْعُمُ أَنَّهَا مِنْ دَرَاهِمِ الْمُبْتَاعِ وَأَنْكَرَهَا، فَلاَ يَمِينَ عَلَيْهِ، فَإِنْ سَقَطَ هَذَا الْفَصْلُ مِنْ الْعَقْدِ وَجَبَتْ الْيَمِينُ عَلَى الْمُبْتَاعِ أَنَّهُ مَا يَعْرِفُهَا مِنْ دَرَاهِمِهِ، وَلَهُ رَدُّ الْيَمِينِ، فَإِنْ رَدَّهَا حَلَفَ الْبَائِعُ عَلَى الْبَتِّ أَنَّهَا مِنْ دَرَاهِمِ الْمُبْتَاعِ، وَوَجَبَ لَهُ الْبَدَلُ. اهـ.

وَفِي شَرْحِ الْمَوَّاقِ عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْبُيُوعِ وَعَدَمِ دَفْعِ رَدِيءٍ، أَوْ نَاقِصٍ: مَنْ صَرَفَ دِينَارًا بِدَرَاهِمَ فَغَابَ عَلَيْهَا، ثُمَّ رَدَّ مِنْهَا رَدِيئًا فَأَنْكَرَهُ الصَّرَّافُ، فَمَا عَلَيْهِ إِلَّا الْيَمِينُ أَنَّهُ لَمْ يُعْطِهِ إِلَّا جِيَادًا فِي عِلْمِهِ، وَمَا يَعْلَمُهَا مِنْ دَرَاهِمِهِ، وَكَذَلِكَ مَنْ قَبَضَ طَعَامًا عَلَى تَصْدِيقِ الْكَيْلِ، ثُمَّ ادَّعَى نَقْصًا أَوْ اقْتَضَى دَيْنًا، ثُمَّ أَخَذَ صُرَّةً صَدَّقَ الدَّافِعُ أَنَّ فِيهَا كَذَا، ثُمَّ وَجَدَهَا تَنْقُصُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ[1].

(فَرْعٌ) يَجُوزُ تَأْخِيرُ الثَّمَنِ إِلَى مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَتَطَاوَلَ جِدًّا. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: قِيلَ لِمَالِكٍ: أَتَكْرَهُ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً؟ قَالَ: نَعَمْ. قِيلَ لَهُ: أَتَفْسَخُهُ؟ قَالَ: لَا. قَالَ: وَلَوْ كَانَ سَبْعِينَ أَوْ ثَمَانِينَ لَفَسَخْتُهُ، وَقَدْ قَالَ لِي مَالِكٌ فِي النِّكَاحِ: إِذَا وَقَعَ إِلَى ثَلاَثِينَ سَنَةً جَازَ، وَكَذَلِكَ الْبَيْعُ عِنْدِي، فَإِنْ أَقَامَ بَعْدَ الْبَيْعِ مُدَّةً طَوِيلَةً، ثُمَّ قَامَ يَطْلُبُهُ فَلَهُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَقَعْ بَيْنَهُمَا إِشْهَادٌ، فَلاَ تَبْطُلُ إِلَّا بِتَطَاوُلِ الزَّمَانِ كَالثَّلاَثِينَ سَنَةً وَالْأَرْبَعِينَ، وَكَذَلِكَ الدُّيُونُ إِنْ كَانَتْ مَعْرُوفَةَ الْأَصْلِ إِذَا تَطَاوَلَ زَمَانُهَا هَكَذَا، وَمَنْ هِيَ عَلَيْهِ حَاضِرٌ، فَلاَ يَقُومُ بِدَيْنِهِ إِلَّا بَعْدَ هَذَا مِنْ الزَّمَانِ، فَيَقُولُ: قَضَيْتُكَ وَبَادَ شُهُودِي. مِنْ ابْنِ سَلْمُونٍ.

وَانْظُرْ الْحَطَّابَ فِي آخِرِ بَابِ الشَّهَادَاتِ قَبْلَ قَوْلِهِ: بَابُ إِنْ أَتْلَفَ مُكَلَّفٌ... إلَخْ[2].

وَجَائِزٌ أَنْ يُشْتَرَى الْهَوَاءُ   لِأَنْ يُقَامَ مَعَهُ الْبِنَاءُ

هُنَا مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: شِرَاءُ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ مَثَلاً مِنْ هَوَاءٍ فَوْقَ سَقْفِ بَيْتٍ لِأَنْ يُقِيمَ مُشْتَرِيهِ فِي ذَلِكَ الْهَوَاءِ مَا أَحَبَّ إِذَا كَانَ ذَلِكَ الْهَوَاءُ مُقَدَّرًا بِأَذْرُعٍ مَعْلُومَةٍ، وَوَصَفَ الْبِنَاءَ الَّذِي يَبْنِي عَلَيْهِ بِصِفَةٍ مَضْبُوطَةٍ.

الثَّانِيَةُ: شِرَاءُ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ مَثَلاً مِنْ هَوَاءٍ فَوْقَ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ هَوَاءٍ إِذَا وَصَفَ الْبِنَاءَ

(١) التاج والإكليل ٤/٢٩٥.

(٢) مواهب الجليل ٨/٢٨٩.

الْأَسْفَلَ وَالْأَعْلَى؛ لِأَنَّ مَتَانَةَ الْأَسْفَلِ مِمَّا يَرْغَبُ فِيهِ صَاحِبُ الْأَعْلَى، وَخِفَّةَ الْأَعْلَى مِمَّا يَرْغَبُ فِيهِ صَاحِبُ الْأَسْفَلِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: يَجُوزُ بَيْعُ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ فَصَاعِدًا مِنْ هَوَاءِ بَيْتٍ إِنْ وَصَفَ مَا يَبْنِي فَوْقَ جِدَارِهِ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ هَوَاءٍ فَوْقَ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ هَوَاءٍ إِذَا شَرَطَ بِنَاءً يَبْنِيهِ وَيَصِفُهُ لِيَبْنِيَ الْمُبْتَاعُ فَوْقَهُ. اهـ[١]. مِنَ الْمَوَّاقِ[٢].

وَالظَّاهِرُ أَنَّ كَلَامَ النَّاظِمِ يَشْمَلُ الصُّورَتَيْنِ، فَإِنْ شَمِلَهُمَا فَالْأَوْلَى مِنْ زِيَادَةِ هَذَا النَّظْمِ عَلَى الْمُخْتَصَرِ وَاللهُ أَعْلَمُ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: تُؤْخَذُ مِنْ بَابِ أَحْرَى مِمَّا ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُخْتَصَرِ فَلاَ زِيَادَةَ.

وَمَا عَلَى الْجُزَافِ وَالتَّكْسِيرِ ... يُبَاعُ مَفْسُوخٌ لَدَى الْجُمْهُورِ

التَّكْسِيرُ: الْكَيْلُ وَالْكَلاَمُ فِي الْأُصُولِ، وَالْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ تُبَاعَ أَرْضٌ بَعْضُهَا بِالْكَيْلِ وَبَعْضُهَا جُزَافًا، كَأَنْ يَشْتَرِيَ أَرْضًا مِائَةَ ذِرَاعٍ مِنْهَا بِكَذَا وَبَاقِيهَا بِكَذَا، أَوْ اشْتَرَى أَرْضًا عَلَى كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَاشْتَرَى مَعَهَا شَجَرًا أَوْ كَرْمًا أَوْ دُورًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ وَقَعَ ذَلِكَ فُسِخَ عِنْدَ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ، وَفُهِمَ مِنْ نِسْبَةِ الْفَسْخِ لِلْجُمْهُورِ أَنَّ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مَنْ لَا يَفْسَخُهُ.

(وَاعْلَمْ) أَنَّ مِنَ الْأَشْيَاءِ مَا الْأَصْلُ فِيهِ أَنْ يُبَاعَ كَيْلاً كَالْحُبُوبِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ جُزَافًا، وَأَنَّ مِنْهَا مَا الْأَصْلُ فِيهِ أَنْ يُبَاعَ جُزَافًا كَالْأَرْضِ وَالثِّيَابِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ كَيْلاً، وَالضَّابِطُ لِمَا يَجُوزُ فِيهِ الْجَمْعُ بَيْنَ الْجُزَافِ وَالْمَكِيلِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، وَمَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا جَاءَ كُلٌّ مِنَ الْمَبِيعِينَ عَلَى أَصْلِهِ جَازَ كَبَيْعِ جُزَافِ أَرْضٍ مَعَ مَكِيلِ حَبٍّ لِمَجِيءِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى أَصْلِهِ، وَإِنْ خَرَجَا مَعًا عَنْ أَصْلِهِمَا كَجُزَافِ حَبٍّ مَعَ مَكِيلِ أَرْضٍ، أَوْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ كَجُزَافِ أَرْضٍ مَعَ مَكِيلِ أَرْضٍ، أَوْ جُزَافِ حَبٍّ مَعَ مَكِيلِ حَبٍّ، امْتَنَعَ لِمَجِيءِ مَكِيلِ الْأَرْضِ فِي الْأُولَى، وَجُزَافِ الْحَبِّ فِي الثَّانِيَةِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، وَإِلَى هَذِهِ الصُّوَرِ الْأَرْبَعِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ عَاطِفًا عَلَى مَا يَجُوزُ: وَجُزَافُ حَبٍّ مَعَ مَكِيلٍ مِنْهُ أَوْ أَرْضٌ وَجُزَافُ أَرْضٍ مَعَ مَكِيلٍ لَا مَعَ حَبٍّ[٣].

---

(١) المدونة ٣/ ٢٦٥.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ٢٧٥.

(٣) مختصر خليل ص ١٤٥.

قَالَ الشَّيْخُ ابْنُ غَازِيٍّ فِي شِفَاءِ الْعَلِيلِ بَعْدَ تَقْدِيرِ كَلَامِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَقَدْ ظَهَرَ لَكَ أَنَّ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ اشْتَمَلَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: ثَلَاثَةٍ مَمْنُوعَةٍ، وَوَاحِدٍ جَائِزٍ، وَأَصْلُ هَذَا كُلِّهِ لِابْنِ رُشْدٍ فِي كِتَابِ الْغَرَرِ مِنْ الْمُقَدِّمَاتِ، وَفِي سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَسَمَاعِ أَصْبَغَ مِنْ جَامِعِ الْبُيُوعِ.

(تَنْبِيهٌ) مِنْ الْبَيِّنِ أَنَّ الْمَوْزُونَ وَالْمَزْرُوعَ فِي هَذَا الْبَابِ فِي مَعْنَى الْكَيْلِ، وَقَدْ تَنَازَلَ لِذَلِكَ الشَّيْخُ أَبُو الْعَبَّاسِ الْقَبَّابُ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ جَمَاعَةَ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ قِرْبَةَ لَبَنٍ عَلَى أَنْ يَزِنَ زُبْدَهَا، وَإِنَّمَا يَشْتَرِي ذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ غَيْرِ وَزْنٍ. اهـ. كَلَامُ ابْنِ غَازِيٍّ[1].

(تَنْبِيهَانِ):

الْأَوَّلُ: قَالَ الْمَوَّاقُ: وَانْظُرْ مَسْأَلَةً تَعُمُّ بِهَا الْبَلْوَى، وَهِيَ أَنَّ الْمَرْءَ يَشْتَرِي مِنْ الْعَطَّارِ وَزْنًا مَعْلُومًا مِنْ شَيْءٍ وَيَفْضُلُ لَهُ دِرْهَمٌ فَيَقُولُ لَهُ: أَعْطِنِي بِهِ أَبْزَارًا -وَالْأَبْزَارُ بِالدِّرْهَمِ يَكُونُ جُزَافًا-. فَهَذَا جَائِزٌ إذَا لَمْ يَدْخُلَا عَلَى ذَلِكَ فِي أَصْلِ الْعُقْدَةِ. اهـ[2].

الثَّانِي: إنْ جَعَلْنَا مَا مِنْ قَوْلِ النَّاظِمِ: «وَمَا عَلَى الْجُزَافِ». وَاقِعَةً عَلَى كُلِّ مَبِيعٍ أَصْلاً كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، فَيُقَيَّدُ الْمَنْعُ بِمَا إذَا خَرَجَ الْمَبِيعَانِ مَعًا أَوْ أَحَدُهُمَا عَنْ أَصْلِهِ، أَمَّا إنْ جَاءَ عَلَى أَصْلِهِ فَالْجَوَازُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَإِنْ جَعَلْنَاهَا وَاقِعَةً عَلَى الْأُصُولِ فَقَطْ وَهُوَ ظَاهِرُ السِّيَاقِ، فَلَا يُحْتَاجُ إلَى تَقْيِيدٍ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْأُصُولِ بَعْضَهُ جُزَافًا وَبَعْضَهُ مَكِيلاً مَمْنُوعٌ مُطْلَقًا؛ لِخُرُوجِ الْمَكِيلِ عَنْ أَصْلِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَآبِرٌ مِنْ زَرْعٍ أَوْ مِنْ شَجَرِ ... لِبَائِعٍ إلَّا بِشَرْطِ الْمُشْتَرِي

وَلَا يَسُوغُ بِاشْتِرَاطِ بَعْضِهِ ... وَإِنْ جَرَى فَلَا غِنَى عَنْ نَقْضِهِ

وَغَيْرُ مَا أُبِرَ لِلْمُبْتَاعِ ... بِنَفْسِ عَقْدِهِ بِلَا نِزَاعِ

وَلَا يَجُوزُ شَرْطُهُ لِلْبَائِعِ ... وَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ بِهِ فِي الْوَاقِعِ

وَفِي الثِّمَارِ عَقْدُهَا الْإِبَارُ ... وَالزَّرْعِ أَنْ تُدْرِكَهُ الْأَبْصَارُ

(١) منح الجليل ٤/ ٤٨٤، ومواهب الجليل ٦/ ١١٣.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ٢٩٠.

كَـــذَا قَلِيـــبُ الْأَرْضِ لِلْمُبْتَـــاعِ　　　دُونَ اشْـــــتِرَاطِهِ فِي الِابْتِيَـــــاعِ

الْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ»[(١)]. فَمَنْ بَاعَ شَجَرًا فِيهَا ثِمَارٌ، أَوْ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ، وَلَمْ يَنُصَّ عَلَى الثِّمَارِ وَلَا عَلَى الزَّرْعِ، فَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ مَأْبُورًا فَهُوَ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ كُلَّهُ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي اشْتِرَاطُ بَعْضِ مَا أُبِرَ وَتَرْكِ مَا سِوَاهُ، وَإِنْ وَقَعَ ذَلِكَ فَالْحُكْمُ فِيهِ أَنْ يُنْقَضَ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ نِصْفَ الزَّرْعِ أَوْ نِصْفَ الثَّمَرَةِ إِذَا كَانَ الْجَمِيعُ لِلْبَائِعِ، فَإِنْ فَعَلَ فَسَدَتْ الصَّفْقَةُ وَفُسِخَ الْبَيْعُ.

قَالَ الْمُتَيْطِيُّ: وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ فِي اشْتِرَاطِ بَعْضِهِ قَاصِدٌ لِابْتِيَاعِ الزَّرْعِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْجَمِيعِ. اهـ.

وَمَا لَمْ يُؤْبَرْ مِنْهَا فَإِنَّهُ لِلْمُبْتَاعِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ حَسْبَمَا أَحْكَمَتْهُ السُّنَّةُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ فِي الْحَدِيثِ: إِنَّمَا تَكُونُ لِلْبَائِعِ إِذَا أُبِرَتْ. ذَلِكَ دَلَّ عَلَى أَنَّهَا تَكُونُ لِلْمُبْتَاعِ إِذَا لَمْ تُؤْبَرْ، وَلَا يَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَشْتَرِطَهَا لِنَفْسِهِ، فَإِنْ وَقَعَ فَالْحُكْمُ فِيهِ أَنْ يُفْسَخَ الْبَيْعُ، كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ جَنِينَ الْأَمَةِ الْحَامِلِ فِي الْبَيْعِ عِنْدَ مَالِكٍ وَجَمِيعِ أَصْحَابِهِ، وَعَلَى هَذَا نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَغَيْرُ مَا أُبِرَ لِلْمُبْتَاعِ...» الْبَيْتَيْنِ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: وَالثَّمَرَةُ غَيْرُ الْمُؤَبَّرَةِ دَاخِلَةٌ فِي مِلْكِ الْمُبْتَاعِ بِوُقُوعِ الْبَيْعِ عَلَى الْأَصْلِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ عِنْدَ اسْتِثْنَاءِ الْبَائِعِ لَهَا قَبْلَ الْإِبَارِ بَيْعُ الثَّمَرِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ فِي كَوْنِ الْمُسْتَثْنَى مُشْتَرًى، وَهُوَ أَشْكَلُهُمَا لَا عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي مِنْ كَوْنِهِ مُبْقًى وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

(فَرْعٌ) قَالَ فِي الْعُتْبِيَّةِ: قَالَ مَالِكٌ: مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِرَ بَعْضُهَا وَلَمْ يُؤَبَّرْ الْآخَرُ، فَإِنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى الَّذِي هُوَ أَكْثَرُ وَيَجْعَلُ الْقَلِيلَ تَابِعًا لَهُ، إِنْ كَانَ أَكْثَرَهَا فَالثَّمَرُ لِلْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَ

---

(١) صحيح البخاري (كتاب: البيوع/باب: من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة/حديث رقم: ٢٢٠٤).

الَّذِي لَمْ يُؤْبَرْ أَكْثَرَهَا فَالثَّمَرُ لِلْمُبْتَاعِ.

قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ ثَمَرَةٍ لَمْ تُؤْبَرْ فَهِيَ كَذَلِكَ، وَحَدُّ الْإِبَارِ فِي الثِّمَارِ عَقْدُهَا، وَفِي الزَّرْعِ إِدْرَاكُ الْأَبْصَارِ إِيَّاهُ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَفِي الثِّمَارِ عَقْدُهَا الْإِبَارُ...» الْبَيْتُ.

الْمُتَيْطِيُّ: شَرْحُ الْإِبَارِ هُوَ فِي النَّخْلِ تَذْكِيرُهُ بَعْدَ تَلْقِيحِهِ، وَفِي سَائِرِ الشَّجَرِ الْعَقْدُ، وَثُبُوتُ مَا يَثْبُتُ مِنْهُ بَعْدَ سُقُوطِ مَا يَسْقُطُ، وَنَبَاتُ الزَّرْعِ هُوَ كَإِبَارِ النَّخْلِ فِي الْحُكْمِ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ وَبِهِ الْقَضَاءُ.

وَقَالَ ابْنُ هِشَامٍ فِي مُفِيدِهِ: وَإِبَارُ الزَّرْعِ هُوَ خُرُوجُهُ مِنَ الْأَرْضِ، وَإِبَارِ النَّخْلِ التَّذْكِيرُ، وَإِبَارِ الْعِنَبِ وَالثَّمَرِ الْعَقْدُ.

قَوْلُهُ: «كَذَا قَلِيبُ الْأَرْضِ لِلْمُبْتَاعِ». لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ الثِّمَارَ غَيْرَ الْمَأْبُورَةِ يَتَنَاوَلُهَا عَقْدُ الْبَيْعِ، اسْتَطْرَدَ قَلِيبَ الْأَرْضِ، وَذَكَرَ أَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ يَتَنَاوَلُهُ أَيْضًا.

قَالَ الشَّارِحُ فِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَإِنْ كَانَ فِي الْمَبِيعِ أَرْضٌ مَقْلُوبَةٌ فَالْقَلِيبُ لِلْمُبْتَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ الْمُبْتَاعُ. قَالَهُ حُمَدَيْسٌ[١] وَغَيْرُهُ وَبِهِ الْفَتْوَى، صَحَّ مِنْ وَثَائِقِ ابْنِ مُغِيثٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: أَلَمَّ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ بِمَا يَتَنَاوَلُهُ مُسَمَّى الشَّيْءِ الْمَبِيعِ، وَمَا يَنْدَرِجُ فِي مُسَمَّاهُ، وَلَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

الْأَوَّلِ: أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الشَّيْءُ مُنْدَرِجًا فِي الْمَبِيعِ انْدِرَاجًا حِسِّيًّا أَوْ مَعْنَوِيًّا، بِحَيْثُ يَتَعَذَّرُ انْفِصَالُهُ مِنْهُ، أَوْ يَبْعُدُ كَالزَّرْعِ غَيْرِ الْمَأْبُورِ مَعَ الْأَرْضِ وَقَلِيبِهَا، وَكَالشَّجَرِ مَعًا، وَالثِّمَارِ غَيْرِ الْمَأْبُورَةِ مَعَ الشَّجَرِ.

ثُمَّ قَالَ: فَهَذَا الْقِسْمُ مِمَّا يَدْخُلُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ، فَيَكُونُ لِلْمُبْتَاعِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، انْتَهَى مَحَلُّ الْحَاجَةِ مِنْهُ، فَانْظُرْ كَيْفَ جُعِلَ الْقَلِيبُ مِمَّا يَتَنَاوَلُهُ عَقْدُ الْبَيْعِ، وَالْمَسَائِلُ الَّتِي يُنْظَرُ فِيهَا هَلْ يَتَنَاوَلُهَا عَقْدُ الْبَيْعِ أَوْ لَا؟ هِيَ مَا يُمْكِنُ انْفِكَاكُهُ وَانْفِصَالُهُ عَنْ الْبَيْعِ؛ إِمَّا فِي الْحَالِ كَالسَّلَمِ الْمُسَمَّى، أَوْ فِي الْمَآلِ كَالزَّرْعِ وَالثِّمَارِ غَيْرِ الْمَأْبُورَيْنِ، فَإِنَّهُمَا بَعْدَ الْإِبَارِ يُرِيدُ الْبَائِعُ أَنْ يَكُونَا لَهُ، وَأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ لَا يَتَنَاوَلُهُمَا مَعًا، وَيُرِيدُ الْمُشْتَرِي أَخْذَهُمَا لِنَفْسِهِ لِدُخُولِهِمَا فِي مُسَمَّى الْبَيْعِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ مَا يَتَنَاوَلُهُ عَقْدُ الْبَيْعِ وَمَا لَا.

---

(١) حمديس بن إبراهيم بن أبي محرز اللخمي من أهل قفصة، نزل مصر وبها توفي، فقيه ثقة سمع من بن عبدوس ومحمد بن عبد الحكم ويونس الصدفي، وله في الفقه كتاب مشهور في اختصار المدونة، روى عنه مؤمل بن يحيى والناس توفي سنة ٢٩٩ هـ. انظر: معجم المؤلفين ٤/ ٧٧، والديباج المذهب ١/ ٥٩.

أَمَّا قَلِيبُ الْأَرْضِ إِنْ عَنَوْا بِهِ حَرْثَهَا كَمَا هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يُمْكِنُ انْفِصَالُهُ حَالًا وَمَآلًا، حَتَّى يُمْكِنَ أَنْ يَدَّعِيَ الْبَائِعُ أَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْبَيْعُ فَبَقِيَ، وَإِنَّمَا هُوَ بِمَثَابَةِ مَنْ بَنَى فِي دَارِهِ أَوْ صَلَّحَ فِيهَا ثُمَّ بَاعَهَا، أَيُقْبَلُ مِنْهُ أَنَّ ذَلِكَ الْإِصْلَاحَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْبَيْعُ عَلَى أَنَّ الْبِنَاءَ يُمْكِنُ قَلْعُهُ وَأَخْذُ أَنْقَاضِهِ وَلَا كَذَلِكَ الْقَلِيبُ؟ هَذَا مِمَّا أَشْكَلَ عَلَيَّ، وَلَمْ أَفْهَمْ عَدَّهُ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي يُمْكِنُ أَنْ يَتَنَاوَلَهَا عَقْدُ الْبَيْعِ وَأَنْ لَا، اللهُمَّ إِلَّا أَنْ يُرِيدُوا بِالْقَلِيبِ الْبِئْرَ، فَلَا شَكَّ أَنَّ مِنِ اشْتَرَى أَرْضًا وَفِيهَا بِئْرٌ، فَإِنَّهُ يُمْكِنُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَقُولَ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا عَقْدُ الْبَيْعِ فَأَخْبَرَ أَنَّهَا لِلْمُشْتَرِي، وَأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ يَتَنَاوَلُهَا كَتَنَاوُلِ الْأَرْضِ لِلْأَشْجَارِ وَهَذَا ظَاهِرٌ، وَرُبَّمَا رَشَّحَهُ التَّعْبِيرُ بِالْقَلِيبِ دُونَ الْقَلْبِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(تَنْبِيهٌ) جَمِيعُ مَا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ الْأَبْيَاتُ السِّتُّ هُوَ مِنْ زِيَادَةِ هَذَا النَّظْمِ عَلَى الْمُخْتَصَرِ، مَا عَدَا كَوْنِ الثِّمَارِ الْمَأْبُورَةِ لِلْبَائِعِ وَغَيْرِ الْمَأْبُورَةِ لِلْمُشْتَرِي.

وَالْمَاءُ إِنْ كَانَ يَزِيدُ وَيَقِلْ ... فَبَيْعُهُ لِجَهْلِهِ لَيْسَ يَحِلْ

قَالَ الشَّارِحُ: إِنْ كَانَ الْمَاءُ يَزِيدُ أَحْيَانًا وَيَنْقُصُ أَحْيَانًا بِحَيْثُ لَا يَأْخُذُهُ الضَّبْطُ، فَلَا يَحِلُّ بَيْعُهُ لِلْجَهْلِ بِهِ.

فَفِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَإِنْ كَانَ هَذَا الشِّرْبُ يَقِلُّ مَاؤُهُ مَرَّةً وَيَكْثُرُ أُخْرَى وَلَا يُوقَفُ عَلَى الْحَقِيقَةِ مِنْهُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَبَيْعُ الْمَجْهُولِ غَرَرٌ وَلَا يَجُوزُ.

قَالَ: وَأَخْذُ هَذَا الْقَوْلِ عَلَى إِطْلَاقِهِ مِمَّا يُشْكِلُ مَعَهُ بَيْعُ شُرُوبِ مَوَاضِعَ سَمَّاهَا، قَالَ: لِأَنَّهَا تَقِلُّ فِي السِّنِينَ الْجَدْبَةِ، وَتَكْثُرُ فِي السِّنِينَ الْمَطِرَةِ، وَالظَّاهِرُ جَوَازُ الْمُعَاوَضَةِ فِيهَا لِارْتِبَاطِهَا بِمَا أَجْرَى اللهُ مِنَ الْعَادَةِ فِيهَا، فَالْمُتَعَاقِدَانِ يَعْلَمَانِ ذَلِكَ وَيَدْخُلَانِ عَلَيْهِ، فَهُوَ كَالْغَرَرِ الْمُغْتَفَرِ فِي بَيْعِ الْأُصُولِ، وَقَدْ لَا تَكُونُ لَهَا غَلَّةٌ فِي بَعْضِ السِّنِينَ، وَالْأَوْلَى حَمْلُ الْبَيْتِ وَمَا اسْتُظْهِرَ بِهِ عَلَيْهِ مِنَ النَّقْلِ عَلَى مَا جَهِلَ الْمُتَعَاقِدَانِ مُعَاقَلَتَهُ وَكَثْرَتَهُ، وَتَكُونُ مِنَ التَّلَوُّنِ بِحَيْثُ لَا يَأْخُذُهَا الضَّبْطُ.

ثُمَّ اسْتَطْرَدَ الْكَلَامَ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الْمَاءِ لِمَنْ يَمْلِكُهُ قَالَ: وَأَمَّا مَنْ يَمْلِكُ مَنْفَعَتَهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ، بَلْ يَسْقِي بِهِ، فَإِنِ اسْتَغْنَى عَنْهُ تَرَكَهُ لِغَيْرِهِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِمَّا يَنْدَرِجُ فِي قَوْلِ الْمُخْتَصَرِ: وَجَهْلٌ بِمَثْمُونٍ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَشَرْطُ إبْقَـاءِ المَبِيـعِ فِي الـثَّمَنْ رَهْنًـا سِـوَى الْأُصُـولِ بِـالمَنْعِ اقْـتَرَنْ
وَقِيـلَ بِـالجَوَازِ مَهْـمَا اتَّفَقَـا فِي وَضْـعِهِ عِنْـدَ أَمِـينٍ مُطْلَقَـا

يَعْنِي أَنَّهُ يَمْتَنِعُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ عَلَى المُشْتَرِي أَنْ يَبْقَى المَبِيعُ تَحْتَ يَدِ الْبَائِعِ أَوْ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ رَهْنًا فِي الثَّمَنِ إلَّا فِي الْأُصُولِ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِيهَا، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَقِيلَ: إنَّمَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ إذَا كَانَ عَلَى أَنْ يَبْقَى ذَلِكَ المَبِيعُ تَحْتَ يَدِ الْبَائِعِ، وَأَمَّا إنْ وَضَعَاهُ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ مُطْلَقًا، أَيْ فِي الْأُصُولِ وَغَيْرِهَا، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي عَلَى أَنَّهُ لَا يُحْتَاجُ إلَى هَذَا الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي غَيْرِ الْأُصُولِ، وَقَدْ تَلَخَّصَ مِنْ الْبَيْتَيْنِ أَنَّ اشْتِرَاطَ بَقَاءِ المَبِيعِ تَحْتَ يَدِ بَائِعِهِ رَهْنًا فِي الثَّمَنِ إنْ كَانَ فِي الْأُصُولِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهَا فَقَوْلَانِ: المَنْعُ وَظَاهِرُهُ الْإِطْلَاقُ كَانَ تَحْتَ يَدِ الْبَائِعِ أَوْ الْأَمِينِ، وَالْجَوَازُ عِنْدَ أَمِينٍ، وَظَاهِرُ النُّقُولِ الْآتِيَةِ أَنَّ الْقَوْلَ بِالمَنْعِ مَحَلُّهُ إذَا بَقِيَ المَبِيعُ تَحْتَ يَدِ بَائِعِهِ، وَأَمَّا إنْ وَضَعَاهُ عِنْدَ أَمِينٍ فَلَيْسَ إلَّا الْجَوَازُ، فَلَيْسَ إذَنْ إلَّا قَوْلٌ وَاحِدٌ بِالتَّفْصِيلِ، الْجَوَازُ إنْ وُضِعَ بِيَدِ أَمِينٍ، وَالمَنْعُ إنْ وُضِعَ عِنْدَ الْبَائِعِ.

قَالَ ابْنُ حَارِثٍ فِي أُصُولِ الْفُتْيَا: وَإِذَا اشْتَرَيْتَ شَيْئًا مِنْ الْأَشْيَاءِ بِثَمَنٍ إلَى أَجَلٍ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ حَبْسَهُ إلَى أَجَلٍ، إلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَى عَلَى أَلَّا يُقْبَضَ إلَّا إلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، مِثْلُ الدَّارِ وَالْأَرْضِ يَشْتَرِطُ الْبَائِعُ سُكْنَاهَا إلَى أَجَلٍ، فَذَلِكَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهَا مَأْمُونَةٌ، وَإِنْ اشْتَرَطَ الْبَائِعُ أَنْ يَكُونَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ جَازَ ذَلِكَ.

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى المُشْتَرِي أَنْ تَبْقَى الدَّابَّةُ بِيَدِهِ رَهْنًا فِي الثَّمَنِ إلَى أَجَلِهِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ، وَالْبَيْعُ عَلَى ذَلِكَ مَفْسُوخٌ، وَرَوَى ذَلِكَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فِي الْحَيَوَانِ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فِي الْعُرُوضِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: وَذَلِكَ جَائِزٌ فِي الْأُصُولِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تُبَاعَ عَلَى أَنْ تُقْبَضَ إلَى أَجَلٍ، فَإِنْ وُضِعَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ الَّتِي لَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهَا عِنْدَ بَائِعِهَا عَلَى يَدَيْ عَدْلٍ، كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا. اهـ[1]. عَنْ نَقْلِ الشَّارِحِ، وَانْظُرْ مَا ذُكِرَ هُنَا مَعَ مَا تَقَدَّمَ فِي آخِرِ الْكَلَامِ عَلَى الشُّرُوطِ فِي الْبَيْعِ مِنْ جَوَازِ مِثْلِ هَذَا.

---

(١) البيان والتحصيل ١١/٧٥.

وَجَائِزٌ فِي الدَّارِ أَنْ يُسْتَثْنَى ... سُكْنَى بِهَا كَسَنَةٍ أَوْ أَدْنَى

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِبَائِعِ الدَّارِ أَنْ يَسْتَثْنِيَ سُكْنَاهَا سَنَةً فَمَا دُونَهَا.

قَالَ فِي الْمُقَرَّبِ: قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلَى أَنَّ لِلْبَائِعِ سُكْنَاهَا الْأَشْهُرَ وَالسَّنَةَ، فَلاَ بَأْسَ بِذَلِكَ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَكُرِهَ مَا تَبَاعَدَ مِنْ ذَلِكَ[1].

وَفِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنَ الْعَامِ لِمَا يُخَافُ مِنْ تَغَيُّرِهَا، فَيَدْخُلُ الْغَرَرُ عَلَى الْمُبْتَاعِ؛ إِذْ لَا يَدْرِي حَالَهَا عِنْدَ رُجُوعِهَا إِلَيْهِ، هَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرِوَايَتُهُ. اهـ.

وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ عَاطِفًا عَلَى الْجَائِزَاتِ: وَبَيْعِ دَارٍ لِتُقْبَضَ بَعْدَ عَامٍ[2].

وَفِي الْمَوَّاقِ: وَفِي تَحْدِيدِ الْمُدَّةِ بِسَنَةٍ أَوْ لَا سِتَّةُ أَقْوَالٍ.

(فَرْعٌ) يَجُوزُ اسْتِثْنَاءُ السَّنَةِ فَمَا دُون، وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلاً[3]. نَقَلَهُ الْمَوَّاقُ عَنْ سَمَاعِ يَحْيَى بْنِ الْقَاسِمِ؛ أَيْ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مُعَيَّنٌ لَا تَحْمِلُهُ الذِّمَّةُ فَلَيْسَ فِيهِ تَعْمِيرُ الذِّمَّتَيْنِ.

وَمُشْتَرِي الْأَصْلِ شِرَاؤُهُ الثَّمَرَ ... قَبْلَ الصَّلاَحِ جَائِزٌ فِيمَا اشْتَهَرَ

وَالزَّرْعُ فِي ذَلِكَ مِثْلُ الشَّجَرِ ... وَلَا رُجُوعَ إِنْ تُصَبْ لِلْمُشْتَرِي

تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ: «وَآبِرٌ مِنْ زَرْعٍ أَوْ مِنْ شَجَرٍ لِبَائِعٍ». أَنَّ مَنْ اشْتَرَى أَشْجَارًا فِيهَا ثِمَارٌ مَأْبُورَةٌ، أَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ قَدْ نَبَتَ، فَإِنَّ الثَّمَرَةَ وَالزَّرْعَ لِلْبَائِعِ، وَذَكَرَ هُنَا أَنَّهُ يَجُوزُ لِمُشْتَرِي الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ أَنْ يَشْتَرِيَ تِلْكَ الثِّمَارَ وَذَلِكَ الزَّرْعَ وَإِنْ لَمْ يَبْدُ صَلاَحُهُمَا، سَوَاءٌ اشْتَرَى الشَّجَرَ أَوْ الثَّمَرَ، أَوْ الْأَرْضَ وَالزَّرْعَ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ فِي صَفْقَتَيْنِ الْأَشْجَارَ ثُمَّ الثِّمَارَ.

وَالصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: هِيَ ظَاهِرُ قَصْدِ النَّاظِمِ وَالْأُولَى أَوْلَى بِالْجَوَازِ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ الْمَجْمُوعَةِ: لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ فِي صَفْقَةٍ، ثُمَّ يَشْتَرِيَ الزَّرْعَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي صَفْقَةٍ أُخْرَى.

وَفِي طُرَرِ ابْنِ عَاتٍ: وَحُكْمُ شِرَاءِ الزَّرْعِ بَعْدَ الْأَرْضِ حُكْمُ شِرَاءِ الثَّمَرَةِ بَعْدَ الْأَصْلِ، تَدْخُلُ فِيهِ الْأَقْوَالُ الثَّلاَثَةُ. ذَكَرَهُ ابْنُ رُشْدٍ. اهـ. مِنَ الشَّارِحِ.

---

(١) المدونة ٣/ ٢٦٦.

(٢) مختصر خليل ص ٢٠٤.

(٣) التاج والإكليل ٥/ ٤١٠.

وَالْأَقْوَالُ الثَّلَاثَةُ الْجَوَازُ وَالْمَنْعُ وَالْجَوَازُ إِذَا كَانَ الشِّرَاءُ بِحَدَثَانِ الْعَقْدِ.

وَفِي التَّوْضِيحِ: وَحَدُّ الْقُرْبِ فِي ذَلِكَ عِشْرُونَ يَوْمًا. اهـ.

وَاقْتَصَرَ النَّاظِمُ عَلَى الْجَوَازِ مُطْلَقًا بَعْدَ الشِّرَاءُ مِنَ الْعَقْدِ أَوْ قَرُبَ؛ لِأَنَّهُ الْمَشْهُورُ، وَيُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ: «فِيمَا اشْتَهَرَ». أَنَّ ثَمَّ مُقَابِلاً لِلْمَشْهُورِ، وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَلَا رُجُوعَ إِنْ تُصَبْ لِلْمُشْتَرِي». لِقَوْلِ الْمُتَيْطِيِّ: فَإِنْ أُجِيحَتْ الثَّمَرَةُ الْمُشْتَرَطَةُ فِي أَصْلِ الْبَيْعِ أَوْ الْمُلْحَقَةِ بِذَلِكَ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ أَوْ بَعْدَهُ، فَلاَ قِيَامَ لِلْمُبْتَاعِ بِهَا كَانَتْ الْجَائِحَةُ أَقَلَّ مِنْ ثُلُثِهَا أَوْ أَتَتْ عَلَى جَمِيعِهَا. اهـ.

وَ«تُصَبْ» مَعْنَاهُ تُجَاحُ، وَ«لِلْمُشْتَرِي» خَبَرُ لَا وَنَائِبُ تُصَبْ يَعُودُ عَلَى الثَّمَرَةِ، وَفِي مَعْنَاهَا الزَّرْعُ، وَجَوَابُ الشَّرْطِ مَحْذُوفٌ لِدَلَالَةِ مَا تَقَدَّمَ عَلَيْهِ.

وَبَيْعُ مِلْكٍ غَابَ جَازَ بِالصِّفَهْ ... أَوْ رُؤْيَةٍ تَقَدَّمَتْ أَوْ مَعْرِفَهْ

وَجَازَ شَرْطُ النَّقْدِ فِي الْمَشْهُورِ ... وَمُشْتَرٍ يَضْمَنُ لِلْجُمْهُورِ

الْمُلْكُ -بِضَمِّ الْمِيمِ وَكَسْرِهَا- الشَّيْءُ الْمَمْلُوكُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ بِالضَّمِّ إِلَّا فِي مَوَاضِعِ الْكَثْرَةِ وَسَعَةِ السُّلْطَانِ، يُقَالُ: لِفُلَانٍ مُلْكٌ عَظِيمٌ، أَيْ مَمْلُوكٌ كَثِيرٌ. قَالَهُ أَبُو الْبَقَاءِ فِي الْمُعَرَّبِ. وَيُقْرَأُ فِي الْبَيْتِ بِالْكَسْرِ، وَالْمُرَادُ بِهِ الْأَصْلُ كَالدَّارِ وَغَيْرِهَا.

وَغَيْبَةُ الْمَبِيعِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ عَنْ مَجْلِسِ الْعَقْدِ وَهُوَ حَاضِرٌ بِالْبَلَدِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ غَائِبًا عَنْ الْبَلَدِ، وَهَذَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ غَيْبَتُهُ بَعِيدَةً أَوْ قَرِيبَةً أَوْ مُتَوَسِّطَةً، فَغَائِبُ الْمَجْلِسِ حَاضِرُ الْبَلَدِ فِيهِ قَوْلَانِ: مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ جَوَازُ بَيْعِهِ عَلَى الصِّفَةِ، ذَكَرَ ذَلِكَ فِيهَا فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ، وَمَذْهَبُ مَالِكٍ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ عَدَمُ جَوَازِهِ؛ لِأَنَّهُ عُدُولٌ عَنْ الْمُعَايَنَةِ إِلَى خَبَرٍ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَقَصَرَ بَعْضُهُمْ الْأَوَّلَ فَقَالَ: إِنَّ الضَّرُورَةَ قَدْ تَدْعُو إِلَى مُبَادَرَةِ الْعَقْدِ خَوْفَ أَنْ يَبْدُوَ لَلْآخَرِ شَيْءٌ وَالْغَائِبُ الْبَعِيدُ جِدًّا، كَإِفْرِيقِيَّةَ مِنْ خُرَاسَانَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْقَرِيبِ عَلَى الْمَشْهُورِ، كَالَّذِي عَلَى مَسَافَةِ يَوْمٍ خِلَافًا لِرِوَايَةِ ابْنِ شَعْبَانَ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمُتَوَسِّطِ اتِّفَاقًا. اهـ. مِنْ شَرْحِ الْقَلْشَانِيِّ عَلَى الرِّسَالَةِ.

وَمَعْنَى الْبَيْتَيْنِ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْأَصْلِ الْغَائِبِ عَلَى الصِّفَةِ، أَوْ بِرُؤْيَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ أَوْ مَعْرِفَةٍ، وَيَجُوزُ فِيهِ اشْتِرَاطُ النَّقْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَضَمَانُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِ الْعَقْدِ.

(تَنْبِيهٌ) عُلِمَ مِمَّا تَقَدَّمَ أَنَّ قَوْلَ النَّاظِمِ: «غَابَ». شَامِلٌ لِلْغَائِبِ عَنْ مَجْلِسِ الْعَقْدِ،

وَلِلْغَائِبِ بِغَيْرِ الْبَلَدِ غَيْبَةً قَرِيبَةً أَوْ مُتَوَسِّطَةً، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «بِالصِّفَهْ». أَنَّهُ إِنَّمَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَائِبِ إِذَا ضُبِطَ بِالصِّفَةِ الْحَاضِرَةِ، وَيُوصَفُ بِمَا تَخْتَلِفُ الْأَغْرَاضُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ الْمُعْتَبَرُ فِي السَّلَمِ الْمَقِيسِ هَذَا عَلَيْهِ. قَالَهُ الْبَاجِيُّ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَصِفَهُ بَائِعُهُ أَوْ غَيْرُهُ.

الْمَوَّاقُ: عَنْ ابْنِ رَاشِدٍ وَقَوْلُ ابْنِ الْعَطَّارِ قِيلَ: إِنَّ بَيْعَ الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ بِصِفَةِ الْبَائِعِ غَيْرُ صَحِيحٍ إِنَّمَا يَجُوزُ النَّقْدُ فِيهِ بِصِفَةِ الْبَائِعِ رَبْعًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ. اهـ[١].

وَإِنَّمَا يُفْتَقَرُ لِلصِّفَةِ إِذَا كَانَ الْبَيْعُ عَلَى الْبَتِّ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْغَائِبِ دُونَ تَقَدُّمِ رُؤْيَةٍ، وَلَا ذِكْرِ صِفَةٍ إِذَا كَانَ عَلَى خِيَارِ الْمُشْتَرِي عِنْدَ رُؤْيَتِهِ، هَذَا مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ، وَقَدْ تَلَخَّصَ مِنْ هَذَا أَنَّ بَيْعَ الْغَائِبِ إِنْ كَانَ عَلَى الْبَتِّ وَاللُّزُومِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْوَصْفِ، أَوْ تَقَدُّمِ مَعْرِفَةٍ، أَوْ رُؤْيَةٍ، وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ تَكَلَّمَ النَّاظِمُ، وَإِنْ كَانَ عَلَى خِيَارِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الرُّؤْيَةِ، فَلَا يُشْتَرَطُ وَصْفٌ وَلَا رُؤْيَةٌ، فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ، وَهَكَذَا فِي الْمُدَوَّنَةِ، أُنْظُرْ الْقَلْشَانِيَّ.

وَقَدْ أَصْلَحَ بَعْضُهُمْ قَوْلَ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَغَائِبٌ وَلَوْ بِلَا وَصْفٍ... إلَخْ[٢]. بِقَوْلِهِ: وَغَائِبٌ عَلَى خِيَارِ رُؤْيَةٍ، وَلَوْ بِلَا وَصْفٍ وَرُؤْيَةٍ كَعَلَى اللُّزُومِ بِرُؤْيَةٍ لَا يَتَغَيَّرُ بَعْدَهَا غَالِبًا أَوْ وَصْفٍ، وَلَوْ مِنْ بَائِعِهِ وَلَمْ يَبْعُدْ كَخُرَاسَانَ مِنْ إِفْرِيقِيَّةَ وَلَمْ تُمْكِنْ رُؤْيَتُهُ بِلَا مَشَقَّةٍ، وَلَوْ عَلَى يَوْمٍ.

وَعَطْفُ الْمَعْرِفَةِ عَلَى الرُّؤْيَةِ فِي الْبَيْتِ مِنْ عَطْفِ عَامٍّ عَلَى خَاصٍّ، وَكَأَنَّهُ عَنَى بِالرُّؤْيَةِ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ مَثَلًا، وَبِالْمَعْرِفَةِ مَا هُوَ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا جَازَ اشْتِرَاطُ النَّقْدِ فِي بَيْعِ الْعَقَارِ الْغَائِبِ عَلَى الْمَشْهُورِ لِغَلَبَةِ السَّلَامَةِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالنَّقْدُ فِي الْغَائِبِ بِغَيْرِ شَرْطٍ جَائِزٌ، فَإِنْ شُرِطَ فِي الْعَقَارِ وَشِبْهِهِ جَازَ، وَإِنْ بَعُدَ خِلَافًا لِأَشْهَبَ[٣].

التَّوْضِيحُ: وَنَقَلَ الْبَاجِيُّ عَنْ أَشْهَبَ مَنْعَ اشْتِرَاطِ النَّقْدِ مَعَ الْبُعْدِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ النَّقْدِ عَلَى الْمَذْهَبِ إِذَا لَمْ يَشْتَرِهَا عَلَى صِفَةِ صَاحِبِهَا، كَذَا رَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا الْخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ إِذَا بِيعَ الْعَقَارُ جُزَافًا، وَأَمَّا إِذَا بِيعَ مُذَارَعَةً، فَلَا يَصِحُّ النَّقْدُ فِيهِ، وَضَمَانُهُ مِنْ بَائِعِهِ. اهـ.

---

(١) التاج والإكليل ٤/٢٩٧.

(٢) مختصر خليل ص ١٤٥.

(٣) جامع الأمهات ص ٣٤٠.

فَمُقَابِلُ المَشْهُورِ فِي اشْتِرَاطِ النَّقْدِ هُوَ لِأَشْهَبَ فِي الْبَعِيدِ، وَأَمَّا كَوْنُ ضَمَانِ الْعَقَارِ مِنَ الْمُشْتَرِي، فَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ: الَّذِي حَكَاهُ النَّاسُ أَنَّ مَالِكًا إِنَّمَا قَالَ: أَوَّلًا الضَّمَانُ مِنَ الْمُشْتَرِي إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ عَلَى الْبَائِعِ[1]. ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْعَكْسِ أَنَّهُ مِنَ الْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَهُوَ الَّذِي فِي الْمُدَوَّنَةِ، ثُمَّ هَلِ الْقَوْلَانِ فِي الرِّبَاعِ، أَوِ الرِّبَاعُ مِنَ الْمُشْتَرِي اتِّفَاقًا؟ طَرِيقَانِ. اهـ.

وَفِي الْمَوَّاقِ: عَنِ الْمُدَوَّنَةِ لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الرَّبْعِ وَالدُّورِ وَالْأَرَضِينَ وَالْعَقَارِ أَنَّ ضَمَانَهَا مِنَ الْمُبْتَاعِ مِنْ يَوْمِ الْعَقْدِ وَإِنْ بَعُدَتْ. اهـ[2].

وَالْأَجْنَبِيُّ جَائِزٌ مِنْهُ الشِّرَا ... مُلْتَزِمَ الْعُهْدَةِ فِيمَا يُشْتَرَى

مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا أَوْ اُسْتُحِقَّ مِنْ يَدِهِ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الَّذِي بَاعَ لَهُ، سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ الْبَائِعُ هُوَ الْمَالِكُ لِلشَّيْءِ الْمَبِيعِ وَلَا إِشْكَالَ، أَوْ كَانَ نَائِبًا وَوَكِيلاً عَنْ مَالِكِهِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ عُهْدَتُهُ عَلَى الْوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الشِّرَاءِ أَنَّ مُتَوَلِّيَ الْبَيْعِ نَائِبٌ عَنْ غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ إِمْضَاءِ الْبَيْعِ، وَتَكُونُ عُهْدَتُهُ عَلَى الْمَالِكِ وَرَدِّهِ؛ لِأَنَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّمَا رَضِيتُ أَنْ تَكُونَ عُهْدَتِي عَلَيْكَ يَا مُتَوَلِّيَ الْبَيْعِ لِمَلَائِكَ، وَلَا أَرْضَى أَنْ تَكُونَ عَلَى الْمَنُوبِ عَنْهُ لِعُسْرِهِ وَقِلَّةِ ذَاتِ يَدِهِ، وَمَحَلُّ هَذَا التَّخْيِيرِ إِذَا لَمْ يَرْضَ هَذَا الْوَكِيلُ بِكَوْنِ الْعُهْدَةِ عَلَيْهِ، فَإِنِ الْتَزَمَ كَوْنَهَا عَلَيْهِ فَلاَ حُجَّةَ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ دَخَلَ، وَهَذَا مَقْصُودُ النَّاظِمِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَالْمُرَادُ بِالْأَجْنَبِيِّ فِي الْبَيْتِ وَكِيلُ الْمَالِكِ لِلشَّيْءِ الْمَبِيعِ النَّائِبُ هُوَ عَنْهُ فَهُوَ بَائِعٌ، وَسَمَّاهُ أَجْنَبِيًّا لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَالِكٍ لِلشَّيْءِ الْمَبِيعِ، يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَشْتَرِيَ الشَّيْءَ مِنَ النَّائِبِ عَنْ مَالِكِ ذَلِكَ الشَّيْءِ وَعَنْهُ عَبَّرَ بِالْأَجْنَبِيِّ، يَعْنِي وَتَكُونُ عُهْدَةُ الْعَيْبِ وَالِاسْتِحْقَاقُ عَلَى ذَلِكَ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا لَمْ يَعْلَمِ الْمُشْتَرِي بِكَوْنِهِ وَكِيلاً، وَاعْتَقَدَ أَنَّهُ الْمَالِكُ لِلشَّيْءِ الْمَبِيعِ، فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ بَعْدَ انْعِقَادِ الْبَيْعِ فَلَهُ الْخِيَارُ فِي رَدِّ الْبَيْعِ، وَلَا إِشْكَالَ فِي إِمْضَائِهِ، وَتَكُونُ الْعُهْدَةُ عَلَى الْمَالِكِ لَا عَلَى الْأَجْنَبِيِّ.

وَمَحَلُّ هَذَا التَّخْيِيرِ إِذَا لَمْ يَلْتَزِمِ الْوَكِيلُ الْعُهْدَةَ، فَإِنِ الْتَزَمَهَا فَيَلْزَمُ الْبَيْعُ وَلَا كَلَامَ

---

(١) المدونة ٣/ ٢٦٠.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ٢٩٩.

لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ دَخَلَ كَمَا تَقَدَّمَ، وَهَذَا مُرَادُ النَّاظِمِ، وَاللهُ أَعْلَمُ[١].

«فَالْأَجْنَبِيُّ» فِي الْبَيْتِ مُبْتَدَأٌ، وَ«جَائِزٌ» خَبَرُهُ وَلَوْ قَالَ لَازِمٌ لَكَانَ أَبْيَنَ، «وَالشِّرَا» فَاعِلٌ لِجَائِزٍ، وَ«مِنْهُ» يَتَعَلَّقُ بِالشِّرَاءِ وَضَمِيرُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ، وَ«مُلْتَزِمَ» حَالٌ مِنَ الضَّمِيرِ الْمَجْرُورِ بِمِنْ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: آخِرَ الْكَلَامِ عَلَى الرَّدِّ بِالْعَيْبِ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَإِذَا صَرَّحَ الْوَكِيلُ أَوْ عَلِمَ فَالْعُهْدَةُ عَلَى الْمُوَكِّلِ[٢]. مَا نَصُّهُ: (فَرْعٌ) فَإِنْ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ بَعْدَ الْبَيْعِ أَنَّ الْمَبِيعَ لِغَيْرِ الْمُتَوَلِّي، فَخَيَّرَهُ مَالِكٌ فِي الرَّدِّ أَوْ التَّمَاسُكِ عَلَى أَنَّ عُهْدَتَهُ عَلَى الْآمِرِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الرَّسُولُ أَنْ يَكْتُبَهَا عَلَى نَفْسِهِ، فَلَا حُجَّةَ لِلْمُشْتَرِي. ابْنُ الْمَوَّازِ: وَكَذَلِكَ إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ لِغَيْرِهِ. اهـ.

وَإِنَّمَا قَيَّدَ ابْنُ الْمَوَّازِ الْمَسْأَلَةَ بِثُبُوتِ كَوْنِ الْمَبِيعِ لِغَيْرِ الْبَائِعِ؛ لِكَوْنِهِ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ يُتَّهَمُ الْبَائِعُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَالِكَ لِلْمَبِيعِ، لَكِنْ حَصَلَ لَهُ نَدَمٌ فَادَّعَى أَنَّ الشَّيْءَ لِغَيْرِهِ لَعَلَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَرْضَى وَيَفْسَخُ الْبَيْعَ، وَوَجَدَ الشَّارِحُ فِي مَعْنَى الْبَيْتِ وَجْهَيْنِ، بِسَبَبِ احْتِمَالِ لَفْظِ الشِّرَاءِ لِمَعْنَاهُ الْمُتَبَادِرِ عُرْفًا، وَلِكَوْنِهِ بِمَعْنَى بَاعَ عَلَى حَدِّ ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠] أَيْ بَاعُوهُ، وَالْأَجْنَبِيُّ مُشْتَرٍ عَلَى الِاحْتِمَالَيْنِ عِنْدَهُ لَا بَائِعٌ كَمَا قَرَّرْنَا، وَالْمَعْنَى عَلَى مَا قَالَ: إِنَّهُ يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَنُوبَ عَنْ غَيْرِهِ فِي الشِّرَاءِ، وَيَلْتَزِمَ لَهُ عُهْدَةَ الْعَيْبِ وَالِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنَّهُ إِنْ حَصَلَ أَحَدُهُمَا غَرِمَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ، وَلَمْ يَدْعَمْ ذَلِكَ بِنَقْلٍ فَتَطَلَّبَ نَصَّهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

---

(١) قال في المختصر ص ١٨١: وطولب بثمن ومثمن ما لم يصرح بالبراءة، كبعثني فلان لتبيعه لا لأشتري منك وبالعهدة ما لم يعلم.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٦١.

فصل في بيع العروض من الثياب وسائر السلع

بَيْعُ الْعُرُوضِ بِالْعُرُوضِ إنْ قُصِدْ تَعَاوُضٌ وَحُكْمُهُ بَعْدُ يَرِدْ

الْعَرْضُ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ: هُوَ مَا عَدَا الْعَيْنِ وَالطَّعَامِ مِنْ الْأَشْيَاءِ كُلِّهَا، وَأَخْبَرَ النَّاظِمُ فِي الْبَيْتِ أَنَّ بَيْعَ الْعُرُوضِ بِالْعُرُوضِ وَيُسَمَّى فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ مُعَاوَضَةً، وَفِي حُكْمِهِ تَفْصِيلٌ يَأْتِي فِي الْأَبْيَاتِ بَعْدَ هَذَا تَلِيه.

«فَبَيْعُ الْعُرُوضِ» مُبْتَدَأٌ وَمُضَافٌ إلَيْهِ، وَ«بِالْعُرُوضِ» يَتَعَلَّقُ بِبَيْعٍ، وَنَائِبُ «قُصِدَ» يَعُودُ عَلَى بَيْعٍ، وَ«تَعَاوُضٌ» خَبَرُ مُبْتَدَإٍ مُضْمَرٍ، أَيْ هُوَ تَعَاوُضٌ، وَالْجُمْلَةُ جَوابُ الشَّرْطِ الَّذِي هُوَ إنْ قُصِدَ، وَالشَّرْطُ وَجَوَابُهُ خَبَرُ بَيْعُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى بَعْدَ بَابِ الْقِسْمَةِ بَعْضُ مَسَائِلَ مِنْ بَابِ الْمُعَاوَضَةِ.

فَإِنْ يَكُنْ مَبِيعُهَا يَدًا بِيَدْ فَإِنَّ ذَاكَ جَائِزٌ كَيْفَ انْعَقَدْ

وَإِنْ يَكُنْ مُؤَجَّلاً وَتَخْتَلِفْ أَجْنَاسُهُ فَمَا تَفَاضَلَ أُلِفْ

وَالْجِنْسُ مِنْ ذَاكَ بِجِنْسٍ لِأَمَدْ مُمْتَنِعٌ فِيهِ تَفَاضُلٌ فَقَدْ

إلَّا إذَا تَخْتَلِفُ الْمَنَافِعُ وَمَا لِبَيْعٍ قَبْلَ قَبْضٍ مَانِعُ

وَبَيْعُ كُلٍّ جَائِزٌ بِالْمَالِ عَلَى الْحُلُولِ أَوَّلَ الْآجَالِ

أَشَارَ بِالْأَبْيَاتِ الثَّلَاثَةِ الْأُوَلِ وَشَطْرِ الرَّابِعِ أَنَّ بَيْعَ الْعَرْضِ بِالْعَرْضِ يُتَصَوَّرُ فِيهِ ثَمَانِيَةُ أَوْجُهٍ؛ لِأَنَّهُ إمَّا أَنْ يُبَاعَ الْعَرْضَانِ يَدًا بِيَدٍ، أَوْ يَتَأَخَّرَ أَحَدُهُمَا، فَهَاتَانِ صُورَتَانِ، وَفِي كُلٍّ مِنْهُمَا إمَّا أَنْ يُبَاعَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ مُتَمَاثِلاً أَوْ مُتَفَاضِلاً، فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي كُلٍّ مِنَ الْأَرْبَعَةِ إمَّا أَنْ يُبَاعَ بِجِنْسِهِ أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِهِ، وَمَعْنَى التَّفَاضُلِ فِي الْجِنْسَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ أَنْ يُبَاعَ وَاحِدٌ بِاثْنَيْنِ مَثَلاً كَثَوْبَيْنِ بِفَرَسٍ، فَأَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ إلَى أَرْبَعَةٍ مِنْهَا، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ إذَا بِيعَ الْعَرْضُ بِالْعَرْضِ يَدًا بِيَدٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ مُطْلَقًا، سَوَاءٌ بِيعَ الْجِنْسُ بِجِنْسِهِ مُتَمَاثِلاً أَوْ مُتَفَاضِلاً، فَهَاتَانِ صُورَتَانِ.

أَوْ بِيعَ الْجِنْسُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ مُتَمَاثِلاً أَيْ وَاحِدًا بِوَاحِدٍ، أَوْ مُتَفَاضِلاً أَيْ وَاحِدًا بِاثْنَيْنِ مَثَلاً، فَهَاتَانِ صُورَتَانِ أُخْرَيَانِ، وَإِلَى هَذَا الْإِطْلَاقِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «كَيْفَ انْعَقَدْ».

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ مُؤَجَّلاً...» الْبَيْت. إِلَى مَفْهُوم قَوْلِهِ: «يَدًا بِيَدْ». وَأَخْبَرَ أَنَّهُ إِذَا تَأَخَّرَ أَحَدُ الْعَرْضَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ، فَلاَ يُمْنَعُ التَّفَاضُلُ، وَأَحْرَى فِي الْجَوَازِ صُورَةُ التَّمَاثُلِ، وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا مِنْ اخْتِلاَفِ الْجِنْسَيْنِ؛ إِذْ لَا مُوجِبَ لِلْمَنْعِ فِي ذَلِكَ، فَهَاتَانِ صُورَتَانِ.

ثُمَّ أَشَارَ إِلَى مَفْهُوم قَوْلِهِ: «يَدًا بِيَدْ». وَإِلَى مَفْهُوم قَوْلِهِ: «وَتَخْتَلِفُ أَجْنَاسُهُ». بِقَوْلِهِ: «وَالْجِنْسُ مِنْ ذَاكَ بِجِنْسٍ لأَمَدْ...» الْبَيْتَ. فَأَخْبَرَ أَنَّ الْعَرْضَ إِذَا بِيعَ بِعَرْضٍ وَهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَتَأَخَّرَ أَحَدُهُمَا، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ فِيهِ التَّفَاضُلُ فَقَطْ دُونَ التَّمَاثُلِ فَلاَ يُمْنَعُ، وَهَاتَانِ صُورَتَانِ أَيْضًا وَبِهِمَا كَمُلَتْ الثَّمَانِ.

وَوَجْهُ الْمَنْعِ فِي التَّفَاضُلِ أَنَّهُ إِذَا عُجِّلَ الْأَقَلُّ كَانَ سَلَفًا جَرَّ نَفْعًا؛ لِأَنَّ الْمُعَجِّلَ لِلْعَرْضِ الْقَلِيلِ مُسَلِّفٌ يَأْخُذُ عَنْهُ أَكْثَرَ مِنْهُ، وَإِنْ عَجَّلَ الْأَكْثَرَ كَانَ ضَمَانًا بِجُعْلٍ؛ لِأَنَّ مَنْ دَفَعَ كَثِيرًا ثُمَّ يَأْخُذُ أَقَلَّ تَرَكَ بَعْضَ مَا دَفَعَ فِي مُقَابَلَةِ بَقَاءِ ذَلِكَ فِي ضَمَانِ مُشْتَرِيه إِلَى أَجَلٍ.

وَوَجْهُ الْجَوَازِ فِي التَّمَاثُلِ أَنَّهُ سَلَفٌ مَحْضٌ وَلَمْ يَجُرَّ نَفْعًا لِمُسَلِّفِهِ؛ لِكَوْنِهِ أَخَذَ مِثْلَ مَا أَعْطَى قَدْرًا وَجِنْسًا، ثُمَّ اسْتَثْنَى مِنْ مَنْعِ التَّفَاضُلِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مَا اخْتَلَفَتْ مَنَافِعُهُ فَقَالَ: «إِلَّا إِذَا تَخْتَلِفُ الْمَنَافِعُ». أَيْ فَإِنَّ اخْتِلاَفَ الْمَنَافِعِ يُصَيِّرُ الْجِنْسَ الْوَاحِدَ كَالْجِنْسَيْنِ.

وَالْجِنْسَانِ يَجُوزُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا كَمَا تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ: «وَإِنْ يَكُنْ مُؤَجَّلاً وَتَخْتَلِفْ أَجْنَاسُهُ...» الْبَيْتَ. وَقَدْ مَثَّلُوا لِمَا اخْتَلَفَتْ مَنَافِعُهُ مِنْ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ فِي بَابِ السَّلَمِ بِالْحِمَارِ الْفَارِهِ -أَيْ السَّرِيعِ السَّيْرِ- يُدْفَعُ فِي اثْنَيْنِ لَيْسَا كَذَلِكَ، وَبِالْفَرَسِ الْجَوَادِ -أَيْ السَّابِقِ- يُدْفَعُ فِي اثْنَيْنِ مِنْ حَوَاشِي الْخَيْلِ، وَكَذَلِكَ كَبِيرٌ فِي صَغِيرٍ وَصَغِيرٌ فِي كَبِيرٍ عَلَى الْأَصَحِّ. قَالَهُ ابْنُ الْحَاجِبِ[1].

التَّوْضِيحُ: يُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ الْجِنْسَ فَيَصْدُقُ عَلَى كَبِيرٍ فِي صَغِيرٍ وَعَكْسِهِ، وَعَلَى كَبِيرَيْنِ فِي صَغِيرَيْنِ وَعَكْسِهِ، وَعَلَى كَبِيرٍ فِي صَغِيرَيْنِ وَعَكْسِهِ، وَعَلَى صَغِيرٍ فِي كَبِيرَيْنِ وَعَكْسِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ الْوَاحِدَ وَيَكُونَ التَّعَدُّدُ مَأْخُوذًا مِنْهُ مِنْ بَابِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ أَجَازَ مَعَ الْوَاحِدَةِ أَجَازَ مَعَ التَّعَدُّدِ، وَالْأَصَحُّ ظَاهِرُ الْمُدَوَّنَةِ. اهـ.

وَقَالَ قَبْلَ هَذَا: وَضَابِطُ هَذَا أَنَّ اخْتِلاَفَ الْمَنْفَعَةِ يُصَيِّرُ الْجِنْسَ الْوَاحِدَ جِنْسَيْنِ. اهـ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٧١.

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمَا لِبَيْعٍ قَبْلَ قَبْضٍ مَانِعٌ». إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْعُرُوضِ كُلِّهَا بَيْعُهَا قَبْلَ قَبْضِهَا وَلَيْسَتْ كَالطَّعَامِ الَّذِي لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ.

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَبَيْعُ كُلٍّ جَائِزٌ بِالمَالِ...» الْبَيْتَ. إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْعُرُوضِ كُلِّهَا بِالْعَيْنِ مِنْ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، وَذَلِكَ الَّذِي يَعْنِي بِالمَالِ، وَسَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ الْعَيْنُ حَالًّا أَوْ مُؤَجَّلاً؛ إِذْ لَا مَحْذُورَ فِي بَيْعِ الْعَرْضِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَلَا فِي بَيْعِهِ بِالْعَيْنِ حَالًّا أَوْ إِلَى أَجَلٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمَـنْ يُقَلِّـبْ مَـا يُفِيـتُ شَـكْلَهُ ... لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا حَيْثُ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ أَخَذَ آنِيَةَ فَخَارٍ أَوْ زُجَاجًا لِيُقَلِّبَهَا وَيَتَأَمَّلَهَا فَسَقَطَتْ مِنْ يَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ وَلَا عَمْدٍ فَانْكَسَرَتْ، فَإِنَّهُ إِنْ أَذِنَ لَهُ صَاحِبُهَا فِي التَّقْلِيبِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهَا، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهَا ضَمِنَهَا، فَإِنْ وَقَعَتْ مِنْ يَدِهِ عَلَى آنِيَةٍ أُخْرَى فَانْكَسَرَتْ السُّفْلَى أَيْضًا، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا لَا مَحَالَةَ، أَذِنَ لَهُ فِي تَقْلِيبِ الْأُولَى أَوْ لَمْ يَأْذَنْ، فَقَوْلُهُ: «يُفِيتُ». هُوَ بِضَمِّ الْيَاءِ مُضَارِعُ أَفَاتَ، وَفَاعِلُهُ ضَمِيرُ التَّقْلِيبِ، «وَشَكْلَهُ» مَفْعُولُهُ، وَمَعْنَى إِفَاتَتِهِ: اسْتِهْلَاكُهُ وَإِعْدَامُهُ.

فَفِي سَمَاعِ سَحْنُونٍ: وَسَأَلْت ابْنَ الْقَاسِمِ عَنْ رَجُلٍ يَأْتِي إِلَى الزَّجَّاجِ أَوْ الْقَلَّالِ أَوْ الْعَطَّارِ يَسْتَقْرِضُ مِنْهُ قَارُورَةً أَوْ قُلَّةً أَوْ قَدَحًا لِيَنْظُرَ إِلَى ذَلِكَ، فَيَقَعُ ذَلِكَ مِنْهُ فَيَنْكَسِرُ وَيَنْكَسِرُ مَا تَحْتَهُ مِنْ الزُّجَاجِ أَوْ الْقِلَالِ. قَالَ: لَا أَرَى عَلَيْهِ ضَمَانَ مَا نَاوَلَهُ، وَيَضْمَنُ مَا انْكَسَرَ تَحْتَهُ. قُلْت: فَإِنْ تَنَاوَلَ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَجَعَلَ يُسَاوِمُهُ وَلَمْ يُنَاوِلْهُ صَاحِبُ الْمَتَاعِ فَيَقَعُ مِنْهُ فَيَنْكَسِرُ؟ قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَخَذَ وَلِمَا انْكَسَرَ أَسْفَلَهُ. قَالَ الْعُتْبِيُّ: رَوَاهَا عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَزَادَ فِيهَا: وَكَذَلِكَ السَّيْفُ يَتَنَاوَلُهُ فَيَهُزُّهُ فَيَنْكَسِرُ، أَوْ الدَّابَّةُ يَرْكَبُهَا لِيَسْتَخْبِرَهَا فَتَمُوتُ تَحْتَهُ، أَوْ الْفَرَسُ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْهُ كَانَ ضَامِنًا، وَإِنْ كَانَ ضَامِنًا بِإِذْنِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. رَوَاهَا أَيْضًا أَصْبَغُ وَزَادَ فِيهَا: وَكَذَلِكَ قُلَلُ الْخَلِّ يَرْفَعُهَا لِيَرُوزَهَا لِيَعْرِفَ قَدْرَهَا وَمَلَاهَا فَتَنْكَسِرُ. قَالَ أَصْبَغُ: هَذَا عِنْدِي فِي الْقَوَارِيرِ وَالْأَقْدَاحِ مَا لَمْ يُعَنِّفْ وَيَأْخُذْهُ بِغَيْرِ مَأْخَذِهِ، مِثْلَ أَنْ يُعَلِّقَ الْقُلَّةَ الْكَبِيرَةَ بِأُذُنِهَا وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ وُجُوهِ الْعُنْفِ فَيَضْمَنُ بِهِ[1]. قَالَ أَصْبَغُ: وَإِذَا رَآهُ وَعَلِمَ بِهِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. اهـ. عَلَى

---

(١) البيان والتحصيل ٧/٥٠٥.

نَقْلِ الشَّارِحِ.

(فَرْعٌ) فَإِنْ رَفَعَ الْقَارُورَةَ وَصَاحِبُهَا سَاكِتٌ يُنْظَرُ لَمْ يَأْمُرْهُ وَلَمْ يَنْهَهُ فَانْكَسَرَتْ، فَفِي ضَمَانِهِ قَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ السُّكُوتَ عَلَى الشَّيْءِ إِذْنٌ فِيهِ فَلاَ ضَمَانَ، أَوْ لَيْسَ إِذْنًا فَيَضْمَنُ.

(فَرْعٌ) فَإِنِ ادَّعَى رَبُّ الْقَارُورَةِ حَيْثُ أَذِنَ لَهُ فِي التَّقْلِيبِ أَنَّهُ تَعَمَّدَ طَرْحَهَا أَوْ فَرَّطَ حَتَّى سَقَطَتْ فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَذَلِكَ جَارٍ عَلَى قَاعِدَةِ التَّدَاعِي، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَالْبَيْعُ جَائِزٌ عَلَى أَنْ يُنْتَقَدْ ... فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ حُدَّ الْأَمَدْ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ الْبَيْعُ عَلَى أَنْ يَنْتَقِدَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ غَيْرِ الْمَوْضِعِ الَّذِي فِيهِ الْبَيْعُ إِذَا جَعَلاَ لِذَلِكَ أَجَلاً مَعْلُومًا؛ لِئَلاَّ يَصِيرَ الْبَيْعُ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ.

قَالَ فِي التَّهْذِيبِ: وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِعَيْنٍ عَلَى أَنْ يَأْخُذَهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ، فَإِنْ سَمَّيَا الْبَلَدَ وَلَمْ يَضْرِبَا لِذَلِكَ أَجَلاً لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ ضَرَبَا لِذَلِكَ أَجَلاً جَازَ، سَمَّيَا الْبَلَدَ أَوْ لَمْ يُسَمِّيَاهُ. اهـ[1].

وَ«يُنْتَقَدُ» بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ، وَنَائِبُهُ يَعُودُ عَلَى الثَّمَنِ الْمَدْلُولِ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ.

وَبَيْعُ مَا يُجْهَلُ ذَاتًا بِالرِّضَا ... بِالثَّمَنِ الْبَخْسِ أَوْ الْغَالِي مَضَى

وَمَا يُبَاعُ أَنَّهُ يَاقُوتَهْ ... أَوْ أَنَّهُ زُجَاجَةٌ مَنْحُوتَهْ

وَيَظْهَرُ الْعَكْسُ فَكُلٌّ مِنْهُمَا ... جَازَ بِهِ قِيَامُ مَنْ تَظَلَّمَا

يَعْنِي أَنَّ بَيْعَ الشَّيْءِ الَّذِي يَجْهَلُ الْمُتَبَايِعَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا ذَاتَه وَحَقِيقَتَهُ مَاضٍ لَا يُرَدُّ، سَوَاءٌ بِيعَ بِثَمَنٍ بَخْسٍ أَوْ بِثَمَنٍ غَالٍ، وَلَكِنَّ هَذَا إِذَا سَمَّى الْمَبِيعَ بِاسْمِهِ كَقَوْلِهِ: مَنْ يَشْتَرِي مِنِّي هَذَا الْحَجَرَ؟ فَبَاعَهُ بِثَمَنٍ يَسِيرٍ، فَظَهَرَ أَنَّهُ يَاقُوتَةٌ فَالْبَيْعُ لَازِمٌ؛ إِذْ لَوْ شَاءَ تَثَبَّتَ قَبْلَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْيَاقُوتَ يُسَمَّى حَجَرًا، وَسَوَاءٌ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ حِينَ اشْتَرَى أَنَّهُ يَاقُوتٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَكَذَلِكَ لَوْ ظَنَّ الْمُبْتَاعُ أَنَّهُ يَاقُوتٌ فَرَفَعَ فِي ثَمَنِهِ فَأَخْطَأَ ظَنُّهُ فَلاَ رَدَّ لَهُ، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

وَأَمَّا إِذَا سُمِّيَ بِغَيْرِ اسْمِهِ، فَإِنَّ لِمَنْ تَظَلَّمَ الْقِيَامُ فِي ذَلِكَ كَمَا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ: مَنْ يَشْتَرِي

---

(١) تهذيب المدونة ٣/ ٦٦.

مِنِّي هَذِهِ الزُّجَاجَةَ؟ فَبَاعَهَا، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ يَاقُوتَةٌ، فَلِلْبَائِعِ رَدُّ الْبَيْعِ، جهِلَهُ المُبْتَاعُ أَوْ عَلِمَهُ، كَمَا لَوْ سَمَّى يَاقُوتًا فَأَلْفَى زُجَاجًا، فَلِلْمُشْتَرِي رَدُّ الْبَيْعِ، وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «وَمَا يُبَاعُ أَنَّهُ يَاقُوتَهْ...» إلَخْ. وَإِلَى هَذَيْنِ الْقِسْمَيْنِ أَشَارَ الشَّيْخُ بِقَوْلِهِ: وَلَمْ يُرَدَّ بِغَلَطٍ إنْ سُمِّيَ بِاسْمِهِ. فَأَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ: إنْ سُمِّيَ بِاسْمِهِ. وَإِلَى الثَّانِي بِمَفْهُومِ الشَّرْطِ، وَإِنَّهُ إنْ سُمِّيَ بِغَيْرِ اسْمِهِ يُرَدُّ الْبَيْعُ.

المَوَّاقُ: قَالَ مَالِكٌ: مَنْ بَاعَ قَمِيصًا، ثُمَّ قَالَ مُشْتَرِيهِ: هُوَ خَزٌّ. فَقَالَ الْبَائِعُ: مَا عَلِمْتُ أَنَّهُ خَزٌّ لَوْ عَلِمْتُهُ مَا بِعْتُهُ بِهَذَا الثَّمَنِ. هُوَ لِلْمُشْتَرِي لَا شَيْءَ لِلْبَائِعِ عَلَيْهِ، وَلَوْ شَاءَ تَثَبَّتَ قَبْلَ بَيْعِهِ، وَكَذَا مَنْ بَاعَ حَجَرًا بِثَمَنٍ يَسِيرٍ، ثُمَّ هُوَ يَاقُوتَةٌ تَبْلُغُ مَالًا كَثِيرًا، أَيْ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُرَدُّ هَذَا الْبَيْعُ[1].

ابْنُ رُشْدٍ: هَذَا الخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ إذَا سُمِّيَ الشَّيْءُ بِاسْمٍ يَصْلُحُ لَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَأَمَّا إذَا سَمَّى أَحَدُهُمَا الشَّيْءَ بِغَيْرِ اسْمِهِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ: أَبِيعُكَ هَذِهِ الْيَاقُوتَةَ. فَتُوجَدُ غَيْرَ يَاقُوتَةٍ، أَوْ يَقُولُ: أَبِيعُكَ هَذِهِ الزُّجَاجَةَ. ثُمَّ يَعْلَمُ الْبَائِعُ أَنَّهَا يَاقُوتَةٌ، فَلَا خِلَافَ أَنَّ الشِّرَاءَ لَا يَلْزَمُ المُشْتَرِي، وَأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَلْزَمُ الْبَائِعَ، اُنْظُرْهُ آخِرَ بُيُوعِ الْقَبَّابِ. اهـ[2].

(وَاعْلَمْ) أَنَّ الْغَبْنَ فِي الْبَيْعِ إذَا كَانَ بِسَبَبِ الجَهْلِ بِحَقِيقَةِ المَبِيعِ فَهَذَا حُكْمُهُ، وَإِنْ كَانَ بِسَبَبِ الجَهْلِ بِالْقِيمَةِ فَقَطْ مَعَ مَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ الشَّيْءِ المَبِيعِ، فَهُوَ الَّذِي يَأْتِي لِلنَّاظِمِ فِي فَصْلِ الْغَبْنِ، حَيْثُ قَالَ: «وَمَنْ بِغَبْنٍ فِي مَبِيعٍ قَامَا...» الْأَبْيَاتُ الثَّلَاثَةُ.

المَوَّاقُ: وَدَعْوَى جَهْلِ الْبَيْعِ رَاجِعٌ لِدَعْوَى الْفَسَادِ، وَجَعْلُ المُتَيْطِيِّ وَغَيْرِهِ ذَلِكَ مِنْ دَعْوَى الْغَبْنِ، لَيْسَ كَذَلِكَ. اهـ[3].

---

(١) التاج والإكليل ٤/٤٦٨.

(٢) البيان والتحصيل ٧/٣٤٣.

(٣) التاج والإكليل ٤/٤٦٨.

فصل في بيع الطعام

الْبَيْـــعُ لِلطَّعَـــامِ بِالطَّعَـــامِ دُونَ تَنَــاجُزٍ مِـــنْ الْحَـــرَامِ
وَالْبَيْـــعُ لِلـــصِّنْفِ بِـــصِنْفِهِ وَرَدْ مِـــثْلاً بِمِثْـــلٍ مُقْتَـــضَى يَـــدًا بِيَـــدْ
وَالْبَيْـــعُ لِلطَّعَـــامِ قَبْـــلَ الْقَـــبْضِ مُمْتَنِـــعٌ مَـــا لَمْ يَكُـــنْ مِـــنْ قَـــرْضِ
وَالْجِـــنْسُ بِـــالْجِنْسِ تَفَاضُـــلاً مُنِـــعْ حَيْـــثُ اقْتِيَـــاتٌ وَادِّخَـــارٌ يَجْتَمِـــعْ
وَغَـــيْرُ مُقْتَـــاتٍ وَلَا مُـــدَّخَرِ يَجُـــوزُ مَـــعَ تَفَاضُـــلٍ كَالْخُـــضَرِ
وَفِي اخْـــتِلَافِ الْجِـــنْسِ بِـــالْإِطْلَاقِ جَـــازَ مَـــعَ الْإِنْجَـــازِ بِاتِّفَـــاقِ

تَعَرَّضَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ لِحُكْمِ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ، وَبَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَاعْلَمْ أَنَّ الطَّعَامَ عَلَى قِسْمَيْنِ: رِبَوِيٌّ وَهُوَ الْمُقْتَاتُ الْمُدَّخَرُ لِلْعَيْشِ غَالِبًا، وَنُسِبَ لِلرِّبَا لِدُخُولِهِ فِيهِ، أَعْنِي رِبَا الْفَضْلِ الَّذِي هُوَ الزِّيَادَةُ، وَرِبَا النَّسَاءِ الَّذِي هُوَ التَّأْخِيرُ كَمَا يَأْتِي بَيَانُهُ، وَمَعْنَى كَوْنِهِ مُقْتَاتًا أَنَّهُ تَقُومُ بِهِ الْبُنْيَةُ أَيْ عِنْدَهُ لَا بِهِ، وَمَعْنَى كَوْنِهِ مُدَّخَرًا أَيْ أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ بِطُولِ الزَّمَانِ عَلَيْهِ إِلَّا الطُّولُ الْكَثِيرُ.

قَالَ ابْنُ نَاجِي: وَلَا حَدَّ لِلادِّخَارِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَإِنَّمَا يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ.

وَحَكَى الشَّاذِلِيُّ: أَنَّهُ سَمِعَ فِيهِ فِي بَعْضِ الْمَجَالِسِ أَنَّ حَدَّهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ.

وَغَيْرُ رِبَوِيٍّ كَالْفَوَاكِهِ وَالْخُضَرِ، وَهُوَ مَا اخْتَلَّ فِيهِ الْقَيْدَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا، بِأَنْ كَانَ غَيْرَ مُقْتَاتٍ وَلَا مُدَّخَرٍ كَالتُّفَّاحِ وَالْإِجَّاصِ، أَوْ مُقْتَاتًا غَيْرَ مُدَّخَرٍ كَاللِّفْتِ، أَوْ مُدَّخَرًا غَيْرَ مُقْتَاتٍ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ، وَالضَّابِطُ فِي حُكْمِ ذَلِكَ الطَّعَامُ إِذَا بِيعَ بِطَعَامٍ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا يَدًا بِيَدٍ، وَلَا يَجُوزُ فِيهِ تَأْخِيرٌ، سَوَاءٌ بِيعَ بِجِنْسِهِ أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِهِ، رِبَوِيٌّ أَوْ غَيْرُ رِبَوِيٍّ، أَوْ أَحَدُهُمَا رِبَوِيٌّ دُونَ الْآخَرِ، لَا يَجُوزُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ تَأْخِيرٌ أَصْلاً، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ:

الْبَيْـــعُ لِلطَّعَـــامِ بِالطَّعَـــامِ دُونَ تَنَــاجُزٍ مِـــنْ الْحَـــرَامِ

وَأَمَّا رِبَا الْفَضْلِ وَهُوَ كَوْنُ أَحَدِ الْعِوَضَيْنِ أَكْثَرَ مِنْ الْآخَرِ فَفِيهِ تَفْصِيلٌ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا بِيعَ الْجِنْسُ بِجِنْسِهِ وَهُمَا رِبَوِيَّانِ كَالْقَمْحِ بِالشَّعِيرِ، فَيَحْرُمُ الْفَضْلُ وَهُوَ الزِّيَادَةُ، وَلَا يُبَاعُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ:

وَالْجِنْسُ بِالْجِنْسِ تَفَاضُلاً مُنِعْ ... حَيْثُ اقْتِيَاتٌ وَادِّخَارٌ يَجْتَمِعْ

وَإِنْ بِيعَ الْجِنْسُ الرِّبَوِيُّ بِرِبَوِيٍّ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ كَالْقَمْحِ بِالْفُولِ جَازَ التَّفَاضُلُ، فَيُبَاعُ وَسْقٌ مِنْ قَمْحٍ بِوَسْقَيْنِ مِنْ فُولٍ مَثَلاً، وَكَذَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ إِذَا بِيعَ الْجِنْسُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ، سَوَاءٌ كَانَ أَحَدُهُمَا رِبَوِيًّا كَرَطْلِ دَقِيقٍ بِرَطْلَيْنِ مِنْ تُفَّاحٍ مَثَلاً، أَوْ كَانَا مَعًا غَيْرَ رِبَوِيَّيْنِ، سَوَاءٌ كَانَا جِنْسَيْنِ كَتُفَّاحٍ وَإِجَّاصٍ، أَوْ جِنْسًا وَاحِدًا كَتُفَّاحٍ وَتُفَّاحٍ، فَيَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ مِمَّا اخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهُ مُطْلَقًا رِبَوِيَّيْنِ أَوْ غَيْرَ رِبَوِيَّيْنِ، أَوْ أَحَدُهُمَا رِبَوِيٌّ دُونَ الْآخَرِ، فَقَدْ نَبَّهَ عَلَى حُكْمِهِ بِقَوْلِهِ:

وَفِي اخْتِلَافِ الْجِنْسِ بِالْإِطْلَاقِ ... جَازَ مَعَ الْإِنْجَازِ بِاتِّفَاقِ

وَقَوْلُهُ: مَعَ الْإِنْجَازِ. زِيَادَةُ بَيَانٍ، وَإِلَّا فَقَدْ تَقَدَّمَ مَنْعُ التَّأْخِيرِ مُطْلَقًا، وَأَمَّا مَا اتَّفَقَتْ أَجْنَاسُهُ مِنْ غَيْرِ الرِّبَوِيِّ كَتُفَّاحٍ مَعَ مِثْلِهِ وَالْخُضَرِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، فَنَبَّهَ عَلَى حُكْمِهِ بِقَوْلِهِ:

وَغَيْرُ مُقْتَاتٍ وَلَا مُدَّخَرِ ... يَجُوزُ مَعَ تَفَاضُلٍ كَالْخُضَرِ

وَقَدْ اخْتَصَرَ ابْنُ الْحَاجِبِ ضَابِطَ بَيْعِ النَّقْدَيْنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَبَيْعِ الطَّعَامَيْنِ بِقَوْلِهِ: وَيَحْرُمُ بَيْعُ رِبَا الْفَضْلِ وَالنَّسَاءِ فِيمَا يَتَّحِدُ جِنْسُهُ مِنَ النُّقُودِ وَمِنَ الْمَطْعُومَاتِ الرِّبَوِيَّةِ، فَلاَ بُدَّ مِنَ الْمُمَاثَلَةِ وَالْمُنَاجَزَةِ، وَيَحْرُمُ النَّسَاءُ خَاصَّةً فِيمَا يَخْتَلِفُ جِنْسُهُ مِنَ النُّقُودِ وَفِي الْمَطْعُومَاتِ كُلِّهَا. اهـ[1].

فَقَوْلُهُ: «كُلِّهَا». يَعْنِي مَا عَدَا الرِّبَوِيَّ بِجِنْسِهِ، فَيَحْرُمَانِ فِيهِ مَعًا، كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ أَوَّلاً: وَمِنَ الْمَطْعُومَاتِ الرِّبَوِيَّةِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ:

وَالْبَيْعُ لِلصِّنْفِ بِصِنْفِهِ وَرَدْ ... مِثْلاً بِمِثْلٍ مُقْتَضًى يَدًا بِيَدْ

فَلاَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ التَّقْسِيمِ دُونَهُ؛ لِأَنَّ حَاصِلَهُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ طَعَامٍ بِطَعَامٍ يَدًا بِيَدٍ مِثْلاً بِمِثْلٍ كَيْفَ كَانَ الطَّعَامَانِ، وَهَذَا الْمِقْدَارُ قَدْ اُسْتُفِيدَ مِمَّا تَقَدَّمَ، فَلَوْ أَسْقَطَهُ مَا ضَرَّ ذَلِكَ وَكَأَنَّهُ ذَكَرَهُ تَوْطِئَةً لِمَا يُذْكَرُ بَعْدَهُ مِنْ حُكْمِ مَا اتَّفَقَتْ أَجْنَاسُهُ أَوْ اخْتَلَفَتْ وَبِيعَ مُتَفَاضِلاً،

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٤٠.

أَوْ بِمِثْلِ يَدًا بِيَدٍ، أَوْ لِأَجَلٍ مِمَّا يَدْخُلُهُ رِبَا الْفَضْلِ وَالنَّسَاءِ فَقَطْ.

أَمَّا مَا سَلِمَ مِنْهُمَا مَعًا كَهَذَا، فَلاَ إِشْكَالَ فِي جَوَازِهِ، وَأَمَّا بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ الْمُشَارُ لَهُ بِقَوْلِهِ: «وَالْبَيْعُ لِلطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ...» الْبَيْتَ. فَقَدْ ذَكَرَهُ النَّاظِمُ خِلاَلَ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ وَمَا كَانَ يَنْبَغِي لَهُ ذَلِكَ، فَلَوْ قَدَّمَهُ أَوْ أَخَّرَهُ لَكَانَ أَوْلَى، وَحَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ فِيهِ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا رِبَوِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَ رِبَوِيٍّ عَلَى كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ إِلَّا إِذَا بَاعَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ مِثْلُهُ، كَمَنْ سَلَّفَ لِغَيْرِهِ طَعَامًا فَيَجُوزُ لِرَبِّهِ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ الْمُتَسَلِّفِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ كَمَا يَأْتِي.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ طَعَامٍ ابْتَعْتَهُ بِعَيْنِهِ أَوْ مَضْمُونًا عَلَى كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ مِمَّا يُدَّخَرُ أَوْ لَا يُدَّخَرُ، فَلاَ يَجُوزُ أَنْ تَبِيعَهُ مِنْ بَائِعِكَ أَوْ غَيْرِهِ حَتَّى تَسْتَوْفِيَهُ، إِلَّا أَنْ تَقْبَلَ مِنْهُ أَوْ تَشْتَرِكَ فِيهِ أَوْ تُوَلِّيَهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ طَعَامٍ أَوْ شَرَابٍ عَدَا الْمَاءِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ مَا اكْتَرَيْتَ بِهِ أَوْ صَالَحْتَ عَنْ دَمِ عَمْدٍ، أَوْ خَالَعْتَ بِهِ مِنْ طَعَامٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ مَضْمُونًا عَلَى كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ، فَلاَ تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: وَالْمَشْهُورُ أَنَّ الطَّعَامَ غَيْرَ الرِّبَوِيِّ كَالرِّبَوِيِّ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَبَيْعُ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ إِلَّا فِي الطَّعَامِ مُطْلَقًا، بِشَرْطِ كَوْنِهِ مُعَاوَضَةً فِيمَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ مِنْ كَيْلٍ وَشِبْهِهِ، بِخِلاَفِ الْقَرْضِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَكَذَلِكَ الْجُزَافُ عَلَى الْأَصَحِّ، فَمَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا جَازَ لَهُ إِقْرَاضُهُ أَوْ وَفَاؤُهُ عَنْ قَرْضٍ، وَمَنْ اقْتَرَضَهُ فَإِنَّ لَهُ بَيْعَهُ. اهـ[1].

وَقَدْ اشْتَمَلَ كَلاَمُ الْمُدَوَّنَةِ الْمُتَقَدِّمُ وَكَلاَمُ ابْنِ الْحَاجِبِ هَذَا عَلَى مَسَائِلَ:

الْأُولَى: أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي مَنْعِ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ رِبَوِيًّا أَوْ غَيْرَهُ، وَهَذَا الَّذِي يَعْنِي ابْنُ الْحَاجِبِ بِالْإِطْلاَقِ.

الثَّانِيَةُ: كَوْنُهُ بِمُعَاوَضَةٍ احْتِرَازًا مِنْ الْقَرْضِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، فَيَجُوزُ لِمَنْ اشْتَرَى طَعَامًا أَنْ يُسَلِّفَهُ لِغَيْرِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ هُوَ مِنْ الَّذِي بَاعَهُ لَهُ، وَلَكِنْ لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ لِمُتَسَلِّفِهِ وَلَا لِغَيْرِهِ إِلَّا بَعْدَ قَبْضِهِ؛ لِئَلاَّ يَتَوَالَى بَيْعَانِ لَا قَبْضَ بَيْنَهُمَا، وَأَنْ يَقْضِيَ بِهِ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْبَائِعُ أَيْضًا.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٦٤.

وَمَنْ تَسَلَّفَ طَعَامًا جَازَ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ مُسَلِّفِهِ، وَإِلَى ذَلِكَ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «فَمَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا جَازَ لَهُ...» إلَخْ. فَقَدْ اشْتَمَلَ عَلَى ثَلَاثَةِ فُرُوعٍ، وَكَذَا يَجُوزُ لِمَنْ سَلَّفَ لِغَيْرِهِ طَعَامًا أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنَ الْمُتَسَلِّفِ، وَهَذِهِ الْفُرُوعُ الْأَرْبَعَةُ يَشْمَلُهَا قَوْلُ النَّاظِمِ: «مَا لَمْ يَكُنْ مِنْ قَرْضٍ». وَشُمُولُهُ لِلأَخِيرِ مِنْهَا أَظْهَرُ. وَانْظُرْ كَيْفَ أَخْرَجُوا الْقَرْضَ مِنَ الْمُعَاوَضَةِ وَالْمُعَاوَضَةُ حَاصِلَةٌ فِيهِ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَفِي اقْتِصَارِ الشَّيْخِ عَلَى إِخْرَاجِ الْقَرْضِ إِيهَامُ أَنَّهُ فِي غَيْرِ الْقَرْضِ مِمَّا لَا عِوَضَ لَهُ فِيهِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ قَالَ: إِلَّا بِمِثْلِ قَرْضٍ. لَكَانَ فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى سِوَاهُ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) وَحَيْثُ جَازَ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا عُجِّلَ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَيْعِ الدَّيْنِ وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِتَعْجِيلِ الثَّمَنِ.

(فَرْعٌ) قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ فِي كَوْنِ طَعَامِ الْغَصْبِ وَالتَّعَدِّي كَالْقَرْضِ أَوْ الْبَيْعِ، نَقَلَ الْبَاجِيُّ عَنْ الْمُدَوَّنَةِ وَحِكَايَةُ الْقَاضِي. اهـ. وَيَجُوزُ أَنْ تَأْخُذَ الْمَرْأَةُ الثَّمَنَ عَمَّا وَجَبَ لَهَا مِنَ الطَّعَامِ فِي نَفَقَتِهَا أَوْ نَفَقَةِ أَوْلَادِهَا. مِنْ الْمَوَّاقِ[1].

الثَّالِثَةُ: أَنَّ مَحَلَّ الْمَنْعِ الْمَذْكُورِ هُوَ فِي الطَّعَامِ الَّذِي فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ، وَهُوَ الَّذِي بِيعَ عَلَى كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ دُونَ الْمَبِيعِ جُزَافًا، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَلَيْسَ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ، وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ -يَعْنِي ابْنَ الْحَاجِبِ- فِي الْجُزَافِ قَوْلًا بِالْمَنْعِ. اهـ.

الرَّابِعَةُ: أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الطَّعَامِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا أَوْ مَضْمُونًا فِي الذِّمَّةِ كَالسَّلَمِ، وَلَا فَرْقَ فِي الْمَنْعِ بَيْنَ بَيْعِهِ لِبَائِعِهِ أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ، وَأَنَّ مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَقَايَلَ مَعَ بَائِعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَلَيْسَتْ الْإِقَالَةُ هُنَا بَيْعًا، وَأَنْ يُشَارِكَ فِيهِ غَيْرَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ، أَيْ يُوَلِّيَ بَعْضَهُ، وَأَنْ يُوَلِّيَ جَمِيعَ مَا اشْتَرَى مِنَ الطَّعَامِ لِغَيْرِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَأَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ مَا عَدَا الْمَاءَ، وَأَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الطَّعَامِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَيْعٍ أَوْ مِنْ كِرَاءٍ أَوْ مِنْ صُلْحٍ عَنْ دَمِ عَمْدٍ أَوْ خُلْعٍ، كُلُّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِ النَّاظِمِ: «وَالْبَيْعُ لِلطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ». أَنَّ مَا عَدَا الطَّعَامَ يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: مَا ابْتَعْتَهُ أَوْ أَسْلَمَكَ فِيهِ عَدَا الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، مِنْ سَائِرِ الْعُرُوضِ

---

(١) قال في المختصر ص ١٣٦: ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه.

عَلَى عَدَدٍ أَوْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ فَجَائِزٌ بَيْعُ ذَلِكَ كُلِّهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَقَبْلَ أَجَلِهِ مِنْ غَيْرِ بَائِعِك بِمِثْلِ رَأْسِ مَالِكَ، أَوْ أَكْثَرَ نَقْدًا، أَوْ بِمَا شِئْتَ مِنَ الْأَثْمَانِ.

وَبَيْعُ مَعْلُومٍ بِمَا قَدْ جُهِلاَ ... مِنْ جِنْسِهِ تَزَابُنٌ لَنْ يُقْبَلاَ

يَعْنِي أَنَّ بَيْعَ الشَّيْءِ المَعْلُومِ الْقَدْرِ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ بِشَيْءٍ مَجْهُولِ الْقَدْرِ وَهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ يُسَمَّى بَيْعَ مُزَابَنَةٍ، وَهُوَ غَيْرُ مَقْبُولٍ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ؛ أَيْ غَيْرُ جَائِزٍ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْهُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَالزَّبنُ وَالزِّبَانُ هُوَ الْخَطِرُ وَالْخِطَارُ. اهـ.

وَإِذَا كَانَ فِي بَيْعِ المَعْلُومِ بِالمَجْهُولِ مُخَاطَرَةٌ، وَهُوَ الَّذِي فِي الْبَيْتِ، فَأَحْرَى وُجُودُ المُخَاطَرَةِ فِي بَيْعِ مَجْهُولٍ بِمَجْهُولٍ مِنْ جِنْسِهِ، وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ المُزَابَنَةِ هُوَ بَيْعُ الْعِنَبِ بِالزَّبِيبِ كَيْلاً»(١).

المَازِرِيُّ: المُزَابَنَةُ عِنْدَنَا بَيْعُ مَعْلُومٍ بِمَجْهُولٍ، أَوْ بَيْعُ مَجْهُولٍ بِمَجْهُولٍ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فِيهِمَا.

ابْنُ عَرَفَةَ: يَبْطُلُ عَكْسُهُ بَيْعُ الشَّيْءِ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ حَسْبَمَا يَأْتِي، وَيَكُونُ فِي الرِّبَوِيِّ وَغَيْرِهِ. اهـ.

فَمِنْ المُزَابَنَةِ بَيْعُ ثَمَرِ النَّخْلِ بِالتَّمْرِ كَيْلاً، وَبَيْعُ الزَّبِيبِ بِالْعِنَبِ كَيْلاً، وَبَيْعُ زَرْعٍ قَائِمٍ أَوْ مَحْصُودٍ بِكَيْلٍ مِنَ الْبُرِّ، أَوْ زَيْتُونٍ فِي شَجَرَةٍ بِكَيْلٍ مِنَ الزَّيْتُونِ، وَكَبَيْعِ الرُّطَبِ بِالْبُسْرِ وَالْبُسْرِ بِالتَّمْرِ، وَكَذَلِكَ رَطْبُ كُلِّ ثَمَرَةٍ بِيَابِسِهَا.

التَّوْضِيحُ: وَتَفْسِيرُهَا الْوَاقِعُ فِي الْحَدِيثِ إِنَّمَا هُوَ فِي الرِّبَوِيِّ، وَهُوَ عِنْدَ أَهْلِ المَذْهَبِ لَا يَخْتَصُّ الرِّبَوِيَّ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الرِّبَوِيِّ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ المُزَابَنَةِ فَثَمَّ عُمُومَاتٌ يَدْخُلُ تَحْتَهَا كَالنَّهْيِ عَنْ الْغَرَرِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَإِنْ عُلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكْثَرُ جَازَ فِيمَا لَا رِبَا فِيهِ(٢).

التَّوْضِيحُ: لِانْتِفَاءِ المُزَابَنَةِ إِذْ ذَاكَ؛ إِذْ المُزَابَنَةُ المُدَافَعَةُ مِنْ قَوْلِهِمْ: نَاقَةٌ زَبُونٌ. إِذَا مَنَعَتْ مِنْ حِلاَبِهَا وَمِنْهُ الزَّبَانِيَةُ لِدَفْعِهِمْ الْكَفَرَةَ، فَكَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ المُتَبَايِعَيْنِ يَدْفَعُ

---

(١) صحيح البخاري (كتاب: البيوع/باب: بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام/حديث رقم: ٢١٧١).
(٢) جامع الأمهات ص ٣٤٨.

صَاحِبُهُ عَنْ مُرَادِهِ، وَيَعْتَقِدُ أَنَّهُ الْغَالِبُ، فَإِذَا عُلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكْثَرُ انْتَفَى هَذَا، وَعُمُومُ قَوْلِهِ: جَازَ فِيمَا لَا رِبَا فِيهِ. يَشْمَلُ غَيْرَ المَطْعُومَيْنِ وَالمَطْعُومَيْنِ غَيْرَ الرِّبَوِيَّيْنِ، وَهُوَ مُقْتَضَى النَّظَرِ. اهـ.

وَيَدْخُلُ فِي غَيْرِ المَطْعُومَيْنِ نَحْوُ حَرِيرٍ وَكَتَّانٍ بِكَتَّانٍ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَيَدْخُلُ فِي المَطْعُومَيْنِ غَيْرِ الرِّبَوِيَّيْنِ الْفَوَاكِهُ وَالْخُضَرُ، يُبَاعُ الْجِنْسُ مِنْهُمَا بِجِنْسِهِ.

(تَنْبِيهٌ) بَقِيَ عَلَى النَّاظِمِ مِنْ المُزَابَنَةِ بَيْعُ مَجْهُولٍ بِمَجْهُولٍ، وَتَقَدَّمَ أَنَّهُ أَحْرَى فِي المَنْعِ بِمَا ذَكَرَ، وَاسْتَثْنَى مَا إِذَا كَثُرَ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ كَثْرَةً بَيِّنَةً، فَإِنَّهُ جَائِزٌ فِيمَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ كَالصُّوفِ وَالْكَتَّانِ وَنَحْوِهِمَا.

أَمَّا مَا يَمْتَنِعُ فِيهِ التَّفَاضُلُ كَالطَّعَامِ الرِّبَوِيِّ يُبَاعُ بِجِنْسِهِ فَيُمْتَنَعُ وَإِنْ تَبَيَّنَ الْفَضْلُ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ ذَهَبَتْ المُزَابَنَةُ بِالْكَثْرَةِ فَقَدْ خَلَفَهَا رِبَا الْفَضْلِ، وَكَذَا سَلَمُ الشَّيْءِ فِيمَا يُخْرَجُ مِنْهُ كَسَلَمِ سَيْفٍ فِي حَدِيدٍ وَغَزْلٍ فِي كَتَّانٍ، فَإِنَّهُ مِنْ المُزَابَنَةِ أَيْضًا كَمَا تَقَدَّمَ عَنْ ابْنِ عَرَفَةَ، وَلَوْ زَادَ بَعْدَ هَذَا الْبَيْتِ فَقَالَ:

كَذَاكَ مَجْهُولٌ بِمَجْهُولٍ عَدَا ... إِنْ كَثُرَ الْفَضْلُ وَلَا مَنْعٌ بَدَا

وَسَلَمُ الشَّيْءِ بِشَيْءٍ يُخْرَجُ ... مِنْهُ تَزَابُنٌ وَذَاكَ المَنْهَجُ

وَبَاءُ «بِشَيْءٍ» ظَرْفِيَّةٌ، وَالْإِشَارَةُ فِي قَوْلِهِ: وَذَاكَ المَنْهَجُ. إِلَى المَنْعِ المُتَقَدِّمِ فِي قَوْلِ النَّاظِمِ فِي الْبَيْتِ: لَنْ يُقْبَلَا. وَاللهُ أَعْلَمُ.

فصل في بيع النقدين والحلي وشبهه

يَعْنِي بِالنَّقْدَيْنِ المَسْكُوكَ مِنْهُمَا وَبِالْحُلِيِّ المَصُوغَ -وَاللهُ أَعْلَمُ-، وَضَمِيرُ «شِبْهِهِ» لِلْحُلِيِّ، وَشِبْهُ الحُلِيِّ هُوَ المُحَلَّى بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ. اهـ.

وَالصَّرْفُ أَخْذُ فِضَّةٍ فِي ذَهَبِ ... أَوْ عَكْسُهُ وَمَا تَفَاضُلٌ أَبِي
وَالجِنْسُ بِالجِنْسِ هُوَ المُرَاطَلَهْ ... بِالْوَزْنِ أَوْ بِالْعَدِّ فَالمُبَادَلَهْ
وَالشَّرْطُ فِي الصَّرْفِ تَنَاجُزٌ فَقَطْ ... وَمَعَهُ المِثْلُ بِثَانٍ يُشْتَرَطْ

ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ تَعْرِيفَ الصَّرْفِ وَالمُرَاطَلَةِ وَالمُبَادَلَةِ وَشُرُوطَهَا، فَأَخْبَرَ أَنَّ بَيْعَ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِالْآخَرِ كَبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ وَبِالْعَكْسِ يُسَمَّى صَرْفًا، وَيَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: «وَمَا تَفَاضُلٌ أَبِي» أَيْ: امْتَنَعَ، وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ فِيهِ التَّأْخِيرُ وَلَوْ قَرِيبًا، وَيَفْسُدُ بِافْتِرَاقِ المُتَصَارِفَيْنِ اخْتِيَارًا، وَكَذَا غَلَبَةً عَلَى المَشْهُورِ، وَكَذَا إِنْ غَابَ أَحَدُ النَّقْدَيْنِ عَنْ مَجْلِسِ الصَّرْفِ غَيْبَةً قَرِيبَةً كَدَارِهِ أَوْ حَانُوتِهِ؛ لِأَنَّ المُنَاجَزَةَ شَرْطٌ فِيهِ، كَمَا نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: وَالشَّرْطُ فِي الصَّرْفِ تَنَاجُزٌ فَقَطْ، أَيْ: دُونَ التَّمَاثُلِ، فَلاَ يُشْتَرَطُ كَمَا تَقَدَّمَ، فَيَجُوزُ بَيْعُ الْفِضَّةِ بِالذَّهَبِ وَالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ مُتَمَاثِلاً أَوْ مُتَفَاضِلاً، لَكِنْ يَدًا بِيَدٍ مِنْ غَيْرِ تَأْخِيرٍ.

وَأَخْبَرَ أَنَّهُ إِذَا بِيعَ أَحَدُ النَّقْدَيْنِ بِجِنْسِهِ كَذَهَبٍ بِذَهَبٍ وَفِضَّةٍ بِفِضَّةٍ، فَإِنْ كَانَ بِالْوَزْنِ فَإِنَّهُ يُسَمَّى مُرَاطَلَةً، وَإِنْ كَانَ بِالْعَدَدِ فَإِنَّهُ يُسَمَّى مُبَادَلَةً، وَيُشْتَرَطُ فِي جَوَازِهِمَا شَرْطَانِ: التَّمَاثُلُ فَلاَ يُبَاعُ ذَهَبٌ بِذَهَبٍ مُتَفَاضِلاً وَلَا فِضَّةٌ بِفِضَّةٍ مُتَفَاضِلاً بَلْ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَجْوَدَ مِنَ الْآخَرِ أَوْ أَكْثَرَ عَدَدًا، أَوْ أَحَدُهُمَا مَصُوغٌ وَالْآخَرُ لَيْسَ كَذَلِكَ، أَوْ كَانَا غَيْرَ مَصُوغَيْنِ.

وَالشَّرْطُ الثَّانِي: التَّنَاجُزُ، فَلاَ يَجُوزُ فِي ذَلِكَ تَأْخِيرٌ أَيْضًا، وَعَلَى هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: «وَمَعَهُ المِثْلُ بِثَانٍ يُشْتَرَطْ». أَيْ: وَيُشْتَرَطُ مَعَ التَّنَاجُزِ المِثْلُ؛ أَيْ: التَّمَاثُلُ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي الَّذِي هُوَ بَيْعُ الجِنْسِ بِجِنْسِهِ، فَضَمِيرُ «مَعَهُ» لِلتَّنَاجُزِ، وَبَاءُ بِثَانٍ ظَرْفِيَّةٌ، وَهُوَ وَصْفٌ لِمَحْذُوفٍ؛ أَيْ: فِي الْوَجْهِ الثَّانِي، وَهَذَا نَحْوُ مَا تَقَدَّمَ فِي الطَّعَامِ مِنْ أَنَّهُ إِذَا بِيعَ الطَّعَامُ الرِّبَوِيُّ بِجِنْسِهِ فَيَحْرُمُ فِيهِ الْفَضْلُ وَالنَّسَاءُ مَعًا، وَإِذَا بِيعَ جِنْسُهُ رِبَوِيًّا أَوْ غَيْرَهُ فَلاَ

يَحْرُمُ إِلَّا فِي النَّسَاءِ فَقَطْ أَيْ التَّأْخِيرِ.

وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَيَحْرُمُ الْفَضْلُ وَالنَّسَاءُ فِيمَا يَتَّحِدُ جِنْسُهُ مِنَ النُّقُودِ وَمِنَ الْمَطْعُومَاتِ الرِّبَوِيَّةِ، فَلاَ بُدَّ مِنَ الْمُمَاثَلَةِ وَالْمُنَاجَزَةِ، وَيَحْرُمُ النَّسَاءُ خَاصَّةً فِيمَا يَخْتَلِفُ جِنْسُهُ مِنَ النُّقُودِ وَمِنَ الْمَطْعُومَاتِ كُلِّهَا. انْتَهَى(١).

يُرِيدُ وَكَذَلِكَ فِيمَا يَتَّحِدُ جِنْسُهُ مِنَ الرِّبَوِيِّ، فَلاَ يَحْرُمُ فِيهِ إِلَّا النَّسَاءُ خَاصَّةً.

الْمَوَّاقُ: سَمِعَ ابْنُ الْقَاسِمِ لَا بَأْسَ بِالْمُرَاطَلَةِ بِالصَّنْجَةِ فِي كِفَّةٍ وَاحِدَةٍ(٢).

ابْنُ رُشْدٍ: هِيَ أَصَحُّ لِتَيَقُّنِ الْمُمَاثَلَةِ؛ إِذْ قَدْ يَكُونُ عَيْنٌ أَرْجَحَ مِنْ الْأُخْرَى فِي الْمِيزَانِ.

وَفِيهَا: وَجْهُ الْمُرَاطَلَةِ اعْتِدَالُ الْكِفَّتَيْنِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَجَاوَزَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ رُجْحَانَ شَيْءٍ، رَاطَلَ أَبُو بَكْرٍ أَبَا رَافِعٍ خَلْخَالَيْنِ بِدَرَاهِمَ، فَرَجَحَتْ دَرَاهِمُ أَبِي رَافِعٍ، فَقَالَ: هُوَ لَكَ حَلاَلٌ. فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: إِنْ أَحْلَلْتَهُ أَنْتَ، فَإِنَّ اللهَ لَا يُحِلُّهُ.

وَمَنَعَ الْقَابِسِيُّ أَنْ يُرَاطِلَ سِكِّيًّا بِحُلِيٍّ قَبْلَ مَعْرِفَةِ وَزْنِ السِّكَّةِ؛ إِذْ لَا يَجُوزُ بَيْعُ السِّكِّيِّ جُزَافًا، أَجَازَ ذَلِكَ ابْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ لِأَنَّهُ مُتَّفِقُ الْوَزْنِ.

وَقِيلَ عَنْ الْقَابِسِيِّ: إِنَّهُ كَرِهَ أَنْ يَتَرَاطَلاَ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ بِدَنَانِيرَ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَزْنَ دَرَاهِمِهِ أَوْ ذَهَبِهِ.

ابْنُ يُونُسَ: وَالصَّوَابُ جَوَازُ ذَلِكَ إِذْ لَا غَرَرَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُ مِثْلَ دَرَاهِمِهِ وَمِثْلَ وَزْنِ ذَهَبِهِ.

وَفِي الْمُوَطَّأِ: لَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ أَحَدَ عَشَرَ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ إِذَا كَانَ وَزْنُ الذَّهَبَيْنِ سَوَاءً. اهـ(٣).

وَقَدْ تَلَخَّصَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْمُرَاطَلَةَ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُجْعَلَ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ فِي كِفَّةٍ، ثُمَّ يُجْعَلُ الْعِوَضُ الْآخَرُ فِي الْكِفَّةِ الْأُخْرَى.

وَالثَّانِي: أَنْ يُجْعَلَ الْحَجَرُ الَّذِي يُوزَنُ بِهِ فِي كِفَّةٍ، ثُمَّ يُجْعَلُ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ فِي الْكِفَّةِ الْأُخْرَى حَتَّى يَعْتَدِلَ مَعَ الْحَجَرِ، ثُمَّ يُفْرَغُ ذَلِكَ الْعِوَضُ وَيُجْعَلُ مَكَانَهُ الْعِوَضُ الْآخَرُ

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٤٠.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ٣٣٤.

(٣) الموطأ ٢/ ٦٣٨، والتاج والإكليل ٤/ ٣٣٤.

حَتَّى يَعْتَدِلَ مَعَ الْحَجَرِ أَيْضًا، وَالْحَجَرُ لَمْ يَزَلْ فِي كِفَّتِهِ الَّتِي وُضِعَ فِيهَا أَوَّلًا، وَفِي هَذَا الْوَجْهِ قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: إِنَّهُ أَصَحُّ، وَإِنَّ الْمُرَاطَلَةَ تَجُوزُ وَلَوْ جَهِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَزْنَ دَرَاهِمِهِ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِثْلَ مَا أَعْطَى. هَذَا بَعْضُ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُرَاطَلَةِ.

وَأَمَّا الْمُبَادَلَةُ فَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: الْمُبَادَلَةُ لَقَبٌ فِي الْمَسْكُوكَيْنِ عَدَدًا، وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي الْعَدَدِيِّ دُونَ الْوَزْنِيِّ[١].

التَّوْضِيحُ: يَعْنِي لَا تَجُوزُ إِلَّا فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ إِنْ كَانَ التَّعَامُلُ بِهِمَا عَدَدًا، فَإِنْ كَانَ التَّعَامُلُ بِالْوَزْنِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِالْوَزْنِ فَتَعُودُ مُرَاطَلَةً، وَإِذَا كَانَ التَّعَامُلُ بِالْعَدَدِ جَازَتْ فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

مَا لَمْ يَكُنْ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ أَوْزَنَ فَتُمْنَعُ إِلَّا فِي الْعَدَدِ الْيَسِيرِ، وَذَلِكَ سِتَّةٌ فَمَا دُونَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَكَوْنُ النَّقْصِ يَسِيرًا سُدُسًا فَمَا دُونَ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَجُوزُ إِبْدَالُ الْقَلِيلِ بِأَوْزَنَ مِنْهُ يَسِيرًا لِلْمَعْرُوفِ وَالتَّعَامُلِ بِالْعَدَدِ[٢].

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: أَجَازَ -أَيْ فِي الْمُدَوَّنَةِ- أَنْ يُبْدِلَ السِّتَّةَ تَنْقُصُ سُدُسًا بِسِتَّةٍ وَازِنَةٍ عَلَى الْمَعْرُوفِ.

الْحَطَّابُ: وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ تَكُونَ بِلَفْظِ الْمُبَادَلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ وَاحِدًا بِوَاحِدٍ احْتِرَازًا مِنْ وَاحِدٍ بِاثْنَيْنِ، وَأَنْ تَكُونَ السِّكَّةُ وَاحِدَةً. وَعَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ لَا الْمُكَايَسَةِ، وَأَنْ تَكُونَ يَدًا بِيَدٍ. اهـ[٣].

وَتَجُوزُ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ، فَيُبْدَلُ دِرْهَمٌ بِدِرْهَمٍ وَدِرْهَمَانِ بِدِرْهَمَيْنِ، وَهَكَذَا وَيُبْدَلُ دِينَارٌ بِدِينَارٍ وَدِينَارَانِ بِدِينَارَيْنِ، وَهَكَذَا.

قَالَ الشَّارِحُ: وَهِيَ -أَيْ الْمُبَادَلَةُ- مُخْتَصَّةٌ بِمَا قَلَّ مِنْ الْعَدَدِ كَالدِّينَارِ وَالدِّينَارَيْنِ.

الْحَطَّابُ: وَالْمُعْتَبَرُ الْأَشْخَاصُ، فَعَلَى مَذْهَبِ مَنْ مَنَعَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ لَا يَجُوزُ بَدَلُ أَرْبَعَةِ قَرَارِيطَ نَاقِصَةٍ بِأَرْبَعَةِ قَرَارِيطَ وَازِنَةٍ، وَلَا يُقَالُ: إِنَّ الْأَرْبَعَةَ قَرَارِيطَ أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ الْأَشْخَاصُ. اهـ[٤].

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٤٣.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٤٣.

(٣) مواهب الجليل ٦/١٧٨.

(٤) مواهب الجليل ٦/١٧٧.

(تَنْبِيهٌ) هَذَا الْحُكْمُ الْمَذْكُورُ فِي الْمُبَادَلَةِ هُوَ إِذَا أُبْدِلَ وَاحِدٌ بِوَاحِدٍ أَوْ اثْنَانِ بِاثْنَيْنِ، وَهَكَذَا إِلَى سِتَّةٍ بِسِتَّةٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا إِذَا أَبْدَلَ شَخْصٌ وَاحِدًا بِمُتَعَدِّدٍ غَيْرِ مُسَاوٍ لَهُ فِي الْوَزْنِ، كَإِبْدَالِ دِينَارٍ بِأَرْبَعَةِ أَرْبَاعِهِ، وَهِيَ أَنْقَصُ مِنْ الدِّينَارِ وَزْنًا، أَوْ إِبْدَالِ رِيَالٍ وَاحِدٍ بِأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ مَوْزُونَةً مَثَلاً أَوْ أَكْثَرَ، وَهِيَ أَنْقَصُ مِنْ الرِّيَالِ وَزْنًا، فَنَقَلَ الْمَوَّاقُ فِي ذَلِكَ مَا نَصُّهُ: ابْنُ رُشْدٍ: كَرِهَ مَالِكٌ أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ الْمِثْقَالَ وَيَأْخُذَ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ قِيرَاطًا مَعْدُودَةً بِغَيْرِ مُرَاطَلَةٍ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ إِذَا وُزِنَ مُجْتَمِعًا ثُمَّ فُرِّقَ زَادَ أَوْ نَقَصَ. وَأَجَازَ ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ اسْتِحْسَانًا عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ فِي الدِّينَارِ الْوَاحِدَةِ، كَمَا أَجَازُوا مُبَادَلَةَ الدِّينَارِ النَّاقِصِ بِالْوَازِنِ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ.

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ: أَمَّا بَدَلُ دِينَارٍ أَوْ دِرْهَمٍ بِوَزْنٍ مِنْهُ فَجَائِزٌ، وَذَلِكَ فِيمَا قَلَّ بِخِلَافِ الْمُرَاطَلَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْمُرَاطَلَةِ تَكَايُسٌ وَفِي الْمُبَادَلَةِ مَعْرُوفٌ.

ابْنُ رُشْدٍ: يُجَوِّزُ ذَلِكَ فِيمَا قَلَّ مِثْلُ الدِّينَارَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ إِلَى السِّتَّةِ عَلَى مَا فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَإِنْ كَانَ سَحْنُونٌ قَدْ أَصْلَحَ فِي الْمُدَوَّنَةِ السِّتَّةَ وَرَدَّهَا إِلَى ثَلَاثَةٍ. اهـ[1].

وَهَذَا صَرِيحٌ فِي جَوَازِ إِبْدَالِ الدِّينَارِ بِنِصْفَيْ دِينَارٍ أَوْ بِأَرْبَعَةِ أَرْبَاعِهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَسَاوَ الْعِوَضَانِ فِي الْوَزْنِ، وَعَلَى هَذَا اعْتَمَدَ شَيْخُ شُيُوخِنَا الْإِمَامُ أَبُو عَبْدِ اللهِ سَيِّدِي مُحَمَّدٌ الْقَصَّارُ[2] فِي فَتْوَاهُ بِجَوَازِ إِبْدَالِ رِيَالٍ كَبِيرٍ بِعِشْرِينَ مَوْزُونَةٍ، يَعْنِي أَوْ بِأَكْثَرَ حِينَ صُغِّرَتْ الدَّرَاهِمُ، وَذَلِكَ فِي رِيَالٍ وَاحِدٍ لَا فِي أَكْثَرَ، وَمَأْخَذُهُ فِي ذَلِكَ ظَاهِرٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(فَرْعٌ) سُئِلَ التُّونُسِيُّ عَنْ مُرَاطَلَةِ الدَّرَاهِمِ الْقَدِيمَةِ بِالْجَدِيدَةِ الْمُحْدَثَةِ الْآنَ وَالْقَدِيمَةُ أَكْثَرُ فِضَّةً، وَهَلْ يُقْتَضَى بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ وَهُمَا مُخْتَلِفَا الصِّفَةِ وَالنَّفَاقِ؟ وَهَلْ لِمَنْ بَاعَ بِالْقَدِيمَةِ أَنْ يَقْتَضِيَهَا مِنْهَا أَمْ لَا؟ فَأَجَابَ: الْمُرَاطَلَةُ بِهَا جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ مُعْطِي الْجَدِيدَةِ مُتَفَضِّلٌ لَا انْتِفَاعَ لَهُ بِمَا فِي الْقَدِيمَةِ مِنْ زِيَادَةِ الْفِضَّةِ؛ إِذْ لَوْ سُكَّتْ الْقَدِيمَةُ لَخَسِرَ

---

(١) التاج والإكليل ٤/ ٣٣٣.

(٢) محمد بن قاسم بن محمد بن علي القيسي الأندلسي الأصل، الفاسي، أبو عبد الله المعروف بالقصار، مفتي فاس ومحدث المغرب في وقته، أصله من غرناطة، جاء أبوه منها، لما استولى عليها الأسبان سنة ٨٩٧ هـ، مولده وسكنه بفاس، ووفاته بزاوية ابن ساسي ١٠١٢ هـ، في طريقه إلى مراكش وقبره بمراكش، ولي إفتاء فاس وخطابة جامع القرويين، له كتب، منها (مناهج العلماء الأخيار في تفسير أحاديث كتاب الأنوار). انظر: الأعلام بمن حل مراكش ٥/ ٢٢٧، وخلاصة الأثر ٤/ ١٢١، ومرآة المحاسن ١٧٥، ومعجم المؤلفين ١١/ ١٤٢.

فِيهَا وَيَغْرَمُ عَلَيْهَا لِتَصِيرَ جَدِيدَةً، وَقَدْ أَجَازَ أَصْحَابُنَا مُرَاطَلَةَ التِّبْرِ الْجَدِيدِ بِالْمَسْكُوكِ، وَقَدْ عُلِمَ أَنَّهُ تَرَكَ الْجَوْدَةَ لِلسِّكَّةِ وَلَمْ يُغَرَّمْ عَلَيْهِ، وَمَنْ بَاعَ بِقَدِيمَةٍ قَبْلَ قَطْعِهَا، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا هِيَ، وَمَنْ رَضِيَ أَنْ يُؤَدِّيَ جَدِيدَةً عَنْ قَدِيمَةٍ جَازَ؛ لِأَنَّهُ أَعْطَى أَفْضَلَ فِي النَّفَاقِ. اهـ. مِنْ أَوَاخِرِ السِّفْرِ الثَّالِثِ مِنَ الْمِعْيَارِ.

وَبَيْعُ مَا حُلِّيَ مِمَّا اتُّخِذَا ... بِغَيْرِ جِنْسِهِ بِنَقْدٍ نَفَذَا

وَكُلُّ مَا الْفِضَّةُ فِيهِ وَالذَّهَبْ ... فَبِالْعُرُوضِ الْبَيْعُ فِي ذَاكَ وَجَبْ

تَكَلَّمَ فِي الْبَيْتَيْنِ عَلَى مَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ بِهِ الْمُحَلَّى كَالسَّيْفِ وَالْمُصْحَفِ وَغَيْرِهِمَا مِمَّا حُلِّيَ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، وَكَذَا الثَّوْبُ الْمَنْسُوجُ أَوِ الْمَغْرُوزُ بِخُيُوطٍ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، وَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ بِهِ، فَأَخْبَرَ أَنَّ الْمُحَلَّى بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ إِذَا كَانَ جَائِزَ الِاتِّخَاذِ كَالسَّيْفِ لِلرَّجُلِ وَالثِّيَابِ لِلْمَرْأَةِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ، أَيْ بِغَيْرِ جِنْسِ حِلْيَتِهِ، فَإِذَا حُلِّيَ بِذَهَبٍ جَازَ بَيْعُهُ بِفِضَّةٍ، وَإِذَا حُلِّيَ بِفِضَّةٍ جَازَ بَيْعُهُ بِذَهَبٍ، لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ نَقْدًا، أَيْ مُعَجَّلاً مِنْ غَيْرِ تَأْخِيرٍ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ وَصَرْفٌ، فَيُطْلَبُ فِيهِ الْمُنَاجَزَةُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَيْنَ الْمَدْفُوعَةَ فِي الْمَحَلِّ بَعْضُهَا فِي مُقَابَلَةِ نَصْلِ السَّيْفِ مَثَلاً، أَوْ فِي نَفْسِ الثَّوْبِ أَوِ الْمُصْحَفِ وَهُوَ بَيْعٌ، وَبَعْضُهَا فِي مُقَابَلَةِ الْحِلْيَةِ وَهُوَ صَرْفٌ، وَاجْتِمَاعُهُمَا تُطْلَبُ فِيهِ الْمُنَاجَزَةُ، كَمَا تُطْلَبُ فِي انْفِرَادِ الصَّرْفِ.

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «مِمَّا اتُّخِذَا». أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ اتِّخَاذُهُ كَالسَّيْفِ لِلْمَرْأَةِ أَوِ السِّوَارِ لِلرَّجُلِ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِذَلِكَ، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «بِنَقْدٍ». أَنَّ بَيْعَهُ بِتَأْخِيرٍ مَمْنُوعٌ، وَهُوَ كَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْحِلْيَةُ غَيْرَ تَبَعٍ، بِأَنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنَ الثَّالِثِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ تَبَعًا عَلَى الْمَشْهُورِ.

وَفُهِمَ مِنْ إِطْلَاقِ الْجَوَازِ فِي بَيْعِهِ بِالنَّقْدِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْحِلْيَةِ تَابِعَةً أَوْ مَتْبُوعَةً أَيْضًا وَهُوَ كَذَلِكَ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُسْتَثْنَاةٌ مِنْ مَنْعِ اجْتِمَاعِ الْبَيْعِ وَالصَّرْفِ لِلضَّرُورَةِ، وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: «بِغَيْرِ جِنْسِهِ». أَنَّ بَيْعَهُ بِجِنْسِ الْحِلْيَةِ غَيْرُ جَائِزٍ وَهُوَ كَذَلِكَ، لَكِنْ إِذَا كَانَتِ الْحِلْيَةُ غَيْرَ تَابِعَةٍ لِلشَّيْءِ الْمُحَلَّى بِهَا هُنَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجِنْسِ الْحِلْيَةِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ تَابِعَةً فَيَجُوزُ لَكِنْ بِالتَّعْجِيلِ أَيْضًا لَا بِالتَّأْخِيرِ عَلَى الْمَشْهُورِ[1].

---

(١) قال في المختصر: وجاز محلى وإن ثوبًا يخرج منه، إن سبك بأحد النقدين إن أبيحت وسمرت وعجل مطلقًا، وبصنفه إن كانت الثلث، وهل بالقيمة أو الوزن؟ خلاف، وإن حلي بهما لم يجز بأحدهما، إلا إن تبعا=

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَالتَّبَعُ الثُّلُثُ وَقِيلَ: دُونَهُ، وَقِيلَ: النِّصْفُ(١).

التَّوْضِيحُ: الْأَوَّلُ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيُعْتَبَرُ بِالْقِيمَةِ، وَقِيلَ: بِالْوَزْنِ مَعَ قِيمَةِ الْمُحَلَّى(٢).

التَّوْضِيحُ: سَبَبُهُمَا هَلْ تُعْتَبَرُ الصِّيَاغَةُ أَمْ لَا؟ وَمَعْنَى كَلَامِهِ أَنَّا إِذَا بَنَيْنَا عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ أَنَّ التَّبَعَ الثُّلُثُ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ مِنَ الْأَقْوَالِ، فَهَلْ يُعْتَبَرُ التَّبَعُ بِالْقِيمَةِ أَوْ بِالْوَزْنِ فَقَطْ؟ فَإِنْ كَانَ وَزْنُ الْحِلْيَةِ عِشْرِينَ وَبِصِيَاغَتِهَا تُسَاوِي ثَلَاثِينَ وَقِيمَةُ النَّصْلِ أَرْبَعِينَ جَازَ عَلَى الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ، وَالْقَوْلُ بِاعْتِبَارِ الْقِيمَةِ.

قَالَ ابْنُ يُونُسَ: هُوَ ظَاهِرُ الْمُوَطَّأِ وَالْمُوَازِيَةِ، وَالثَّانِي ذَكَرَ الْبَاجِيُّ أَنَّهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ قِيَاسًا عَلَى النِّصَابِ فِي السَّرِقَةِ وَالزَّكَاةِ. اهـ(٣).

وَلَوْ زَادَ النَّاظِمُ بَيْتًا بَعْدَ الْبَيْتِ الْأَوَّلِ فَقَالَ:

وَبَيْعُهُ بِجِنْسِهِ يَجُوزُ إِنْ حِلْيَتُهُ ثُلُثًا فَدُونَهُ قَمِنْ

لَأَفَادَ حُكْمَ بَيْعِهِ بِجِنْسِهِ، وَ«قَمِنٌ» فِي هَذَا الْبَيْتِ بِمَعْنَى: حَقِيقٌ. رَاجِعٌ لِكَوْنِ الْحِلْيَةِ ثُلُثًا، أَيْ: يَجُوزُ إِنْ كَانَتْ حِلْيَتُهُ ثُلُثًا حَقِيقَةً، وَهُوَ إِيمَاءٌ لِاخْتِيَارِ الْقَوْلِ بِاعْتِبَارِ الْوَزْنِ اعْتِمَادًا عَلَى قَوْلِ الْبَاجِيِّ: إِنَّهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُسْتَثْنَاةٌ أَيْضًا مِنْ بَيْعِ الْجِنْسِ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلاً لِلضَّرُورَةِ، هَذَا حُكْمُ الْمُحَلَّى بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ، وَأَمَّا الْمُحَلَّى بِهِمَا مَعًا كَالسَّيْفِ الْمُحَلَّى بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ مَعًا أَوْ الْمُحَلَّى مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ مَعًا، فَلَا يُبَاعُ بِذَهَبٍ وَلَا بِفِضَّةٍ بَلْ بِالْعُرُوضِ وَالْفُلُوسِ، إِلَّا إِذَا كَانَ مَجْمُوعُهُمَا تَبَعًا لِلسِّلْعَةِ، سَوَاءٌ كَانَ أَحَدُهُمَا تَبَعًا لِلْآخَرِ أَوْ لَا إِذَا كَانَ نَقْدًا، فَإِذَا كَانَا تَبَعًا فَيُبَاعُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّقْدَيْنِ. قَالَهُ ابْنُ حَبِيبٍ فِي الْوَاضِحَةِ، وَحَكَى اللَّخْمِيُّ عَلَيْهِ الِاتِّفَاقَ. قَالَهُ فِي التَّوْضِيحِ.

=الجوهر.

(١) جامع الأمهات ص ٣٤٢.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٤٢.

(٣) الذي يظهر من ابن يونس ترجيح القول باعتبار الوزن، وقد صدَّر ابن الحاجب باعتبار القيمة وعطف عليه اعتبار الوزن، قال ابن شاس: فالنظر القيمة لأنها المقصودة والوزن لأنه المعتبر في جوهر النقدين. انظر: حاشية المعداني ١/ ٤٨٥.

وَإِلَى هَذَا الْقِسْم -أَعْنِي المُحَلَّى بِهِمَا- أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْبَيْتِ الثَّانِي، وَالْجَوَازُ مُقَيَّدٌ بِالنَّقْدِ أَيْضًا كَمَا فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(تَنْبِيهٌ) مَا تَقَدَّمَ مِنْ اشْتِرَاطِ النَّقْدِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا بِيعَ المُحَلَّى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ عَلَى التَّفْصِيلِ المُتَقَدِّم، وَأَمَّا إِنْ بِيعَ بِالْعَرْضِ فَيَجُوزُ نَقْدًا وَإِلَى أَجَلٍ، وَجَمِيعُ مَا تَقَدَّمَ إِنَّمَا هُوَ فِي الْحِلْيَةِ وَالمُسَمَّرَةِ الَّتِي فِي نَزْعِهَا ضَرَرٌ، أَمَّا مَا لَيْسَ كَذَلِكَ كَعِقْدِ جَوْهَرٍ فِيهِ قِطَعٌ مِنْ الذَّهَبِ، فَلاَ بُدَّ مِنْ نَزْعِهِ وَبَيْعِ كُلٍّ بِمَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ بِهِ.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

ضَمِيرُ «بِهَا» لِلثِّمَارِ، وَالَّذِي يُلْحَقُ بِالثِّمَارِ المَقَاثِئُ وَالخُضَرُ.

بَيْعُ الثِّمَارِ وَالمَقَاثِئِ وَالخُضَرْ ... بُدُوُّ الصَّلاَحِ فِيهِ شَرْطٌ مُعْتَبَرْ

وَحَيْثُ لَمْ يَبْدُ صَلاَحُهَا امْتَنَعْ ... مَا لَمْ يَكُنْ بِالشَّرْطِ لِلْقَطْعِ وَقَعْ

يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ بَيْعِ الثِّمَارِ كَالْعِنَبِ وَالتَّمْرِ، وَفِي بَيْعِ المَقَاثِئِ كَالْبِطِّيخِ وَالْفَقُّوسِ، وَفِي بَيْعِ الخُضَرِ كَاللِّفْتِ وَالْفُجْلِ بُدُوُّ الصَّلاَحِ فِي جَمِيعِهَا، ثُمَّ صَرَّحَ بِالمَفْهُومِ فَقَالَ: «وَحَيْثُ لَمْ يَبْدُ صَلاَحُهَا امْتَنَعَ». أَيْ: بَيْعُهَا إِلَّا إِذَا بِيعَتْ عَلَى شَرْطِ أَنْ تُقْطَعَ فِي الحَالِ فَيَجُوزُ لَكِنْ بِشُرُوطٍ تَأْتِي، وَبُدُوُّ الصَّلاَحِ فِي التَّمْرِ هُوَ الزَّهْوُ، وَذَلِكَ بِأَنْ تَحْمَرَّ أَوْ تَصْفَرَّ، وَفِي غَيْرِهِ بِظُهُورِ الحَلاَوَةِ، أَوْ اسْوِدَادِ مَا يَسْوَدُّ كَالزَّيْتُونِ وَالْعِنَبِ الأَسْوَدِ، وَالتَّهَيُّؤُ لِلنُّضْجِ بِحَيْثُ إِذَا قُطِعَ لَا يَفْسُدُ، وَفِي مُخْتَصَرِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَهُوَ الزَّهْوُ وَظُهُورُ الحَلاَوَةِ وَالتَّهَيُّؤُ لِلنُّضْجِ، وَفِي ذِي النَّوْرِ بِانْفِتَاحِهِ، وَالْبُقُولِ بِاطِّعَامِهَا، وَهَلْ فِي الْبِطِّيخِ الاِصْفِرَارُ أَوْ التَّهَيُّؤُ لِلنُّضْجِ؟ قَوْلَانِ[1].

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ كِتَابِ ابْنِ المَوَّازِ: قَالَ مَالِكٌ: إِذَا أَزْهَى فِي الحَائِطِ كُلِّهِ نَخْلَةٌ دَالِيَةٌ بِيعَ جَمِيعُهُ بِذَلِكَ مَا لَمْ تَكُنْ بَاكُورَةً.

مَالِكٌ: وَإِنْ كَانَ فِي الدَّالِيَةِ الحَبَّاتُ فِي الْعُنْقُودِ أَوْ الْعُنْقُودَيْنِ جَازَ بَيْعُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا تَتَابَعَ طِيبُهُ.

ثُمَّ قَالَ مَالِكٌ: وَلَا تُبَاعُ الْبُقُولُ حَتَّى تَبْلُغَ إِبَّانَهَا الَّتِي تَطِيبُ فِيهِ، وَيَكُونُ مَا قُطِعَ مِنْهَا لَيْسَ بِفَسَادٍ.

قَالَ: وَفِي الجَزَرِ وَاللِّفْتِ وَالْفُجْلِ وَالثُّومِ وَالْبَصَلِ إِذَا اسْتَقَلَّ وَرَقُهُ وَتَمَّ وَانْتُفِعَ بِهِ، وَلَمْ يَكُنْ مَا يُقْلَعُ مِنْهُ فَسَادًا، جَازَ بَيْعُهُ إِذَا نَظَرَ إِلَى شَيْءٍ مِنْهُ[2].

(تَنْبِيهٌ) يَدْخُلُ فِي الثِّمَارِ الحُبُوبُ كَالْقَمْحِ وَالْفُولِ وَنَحْوِهِمَا، وَبُدُوُّ صَلاَحِهَا هُوَ بِالْيُبْسِ، فَإِنْ بِيعَ بَعْدَ الإِفْرَاكِ وَقَبْلَ الْيُبْسِ مَضَى بِقَبْضِهِ، وَإِنْ عُلِمَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَيْبَسَ

---

(١) مختصر خليل ص ١٦٠.

(٢) الكافي ٢/ ٦٨٠.

فُسِخَ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِهِ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَيْبَسَ مَضَى الْبَيْعُ وَلَمْ يُفْسَخْ.

ابْنُ رُشْدٍ: لَمْ يَحْكُمُوا لَهُ بِحُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مُرَاعَاةً لِمَنْ أَجَازَ مِنْهُمْ(١).

ابْنُ شِهَابٍ: وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبِنْ صَلاَحُهَا فَلاَ تُبَاعُ إِلَّا عَلَى شَرْطِ أَنْ تُقْطَعَ فِي الْحَالِ أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ، وَلَا يَدَّخِرُهَا إِلَى الزَّمَانِ الَّذِي تَزِيدُ فِيهِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَقَيَّدَهُ اللَّخْمِيُّ بِثَلاَثَةِ شُرُوطٍ:

أَوَّلُهَا: أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ إِضَاعَةِ المَالِ.

ثَانِيهَا: أَنْ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ حَاجَةٌ وَإِلَّا كَانَ مِنَ الْفَسَادِ.

ثَالِثُهَا: أَنْ لَا يَتَمَالأَ أَهْلُ الْبَلَدِ عَلَى ذَلِكَ لِئَلاَّ يَعْظُمَ الْفَسَادُ.

أَمَّا بَيْعُهَا عَلَى شَرْطِ التَّبْقِيَةِ فَبَاطِلٌ، وَعَلَى الْإِطْلاَقِ بِحَيْثُ لَمْ يُشْتَرَطْ الْقَطْعُ وَلَا التَّبْقِيَةُ، فَظَاهِرُ الْمُدَوَّنَةِ يَصِحُّ. وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: يَبْطُلُ. اهـ. وَبَعْضُهُ بِالمَعْنَى.

وَكَذَلِكَ يَجُوزُ بَيْعُهَا مَعَ الْأَصْلِ أَوْ وَحْدَهَا لِمَنْ اشْتَرَطَ الْأَصْلَ، وَبَقِيَتْ الثِّمَارُ المَأْبُورَةُ لِلْبَائِعِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ المُلْحَقَ بِالْعَقْدِ يُعَدُّ وَاقِعًا فِيهِ، وَإِلَى هَذَا كُلِّهِ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ: وَقَبْلَهُ مَعَ أَصْلِهِ وَأَلْحَقَ بِهِ أَوْ عَلَى قَطْعِهِ إِنْ نَفَعَ وَاضْطُرَّ لَهُ وَلَمْ يُتَمَالَأْ عَلَيْهِ عَلَى التَّبْقِيَةِ أَوْ الْإِطْلاَقِ(٢).

وَخِلْفَةُ الْقَصِيلِ مِلْكُهَا حَرِيّ ... لِبَائِعٍ إِلَّا بِشَرْطِ المُشْتَرِي
وَلَا يَجُوزُ فِي الثِّمَارِ الْأَجَلُ ... إِلَّا بِمَا إِثْمَارُهُ مُتَّصِلُ
وَغَائِبٌ فِي الْأَصْلِ لَا يُبَاعُ ... إِلَّا إِذَا يَحْصُلُ الانْتِفَاعُ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ الثَّلاَثَةُ عَلَى ثَلاَثِ مَسَائِلَ:

الْأُولَى: أَنَّ مَنْ اشْتَرَى قَصِيلاً لَا تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ خِلْفَتُهُ، بَلْ تَبْقَى لِلْبَائِعِ إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَهَا المُشْتَرِي.

قَالَ الشَّارِحُ: وَكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَ الْقَصِيلَ فِي الْخِلْفَةِ كَالْقُرْطِ وَالْقَضْبِ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ خِلْفَةِ ذَلِكَ.

---

(١) البيان والتحصيل ٧/٤٦٥.

(٢) مختصر خليل ص ١٦٠.

وَفِي النَّوَادِرِ قَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي الْقَضْبِ وَالْقُرْطِ وَالْقَصِيلِ[١] أَنْ يُشْتَرَطَ خِلْفَتُهُ فِي بَلَدِ السَّقْيِ لَا فِي بَلَدِ الْمَطَرِ؛ إِذْ لَيْسَتْ الْخِلْفَةُ فِيهِ بِمَأْمُونَةٍ، وَإِذَا لَمْ تُشْتَرَطْ الْخِلْفَةُ فَإِنَّمَا لَهُ الْجَزَّةُ الْأُولَى، وَإِذَا اشْتَرَطَهَا فَلَهُ مَا خَلَفَتْ وَإِنْ كَانَتْ خِلْفَةً بَعْدَ خِلْفَةٍ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ كَالْبُقُولِ إِذَا بَلَغَ أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ إِذَا قُطِعَ جَازَ بَيْعُهُ حِينَئِذٍ وَبَيْعُ مَا يَطْلُعُ مِنْهُ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

(فَرْعٌ) أَفْتَى ابْنُ سِرَاجٍ بِجَوَازِ بَيْعِ الْقَصِيلِ بِالطَّعَامِ نَقْدًا، وَإِلَى أَجَلٍ اتِّفَاقًا، وَبِأَنَّهُ يُبَادِرُ بِجَزِّ الْقَصِيلِ، فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى حَبَّبَ فُسِخَ الْبَيْعُ عَلَى الْمَنْصُوصِ لِابْنِ الْقَاسِمِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: مَسْأَلَةُ الْمُدَوَّنَةِ قَالَ فِيهَا مَالِكٌ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَى مَا تُطْعِمُ الْمَقَاثِئُ شَهْرًا لِاخْتِلَافِ الْحَمْلِ فِي كَثْرَتِهِ وَقِلَّتِهِ.

وَفِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَأَمَّا الْمَوْزُ وَالْقُرْطُ وَالْقَضْبُ فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنْ ضَرْبِ الْأَجَلِ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ بَقَائِهِ مَجْهُولَةٌ، وَرُبَّمَا بَقِيَ الْمَوْزُ سِنِينَ مُتَعَدِّدَةً، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي.

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُغَيَّبِ فِي الْأَرْضِ كَالْجَزَرِ وَالْفُجْلِ وَالْبَصَلِ حَتَّى يَحْصُلَ الِانْتِفَاعُ بِهَا، وَلَمْ يَكُنْ فِي قَلْعِهَا فَسَادٌ فَذَلِكَ بُدُوُّ صَلَاحِهَا، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّالِثِ.

وَجَائِزٌ فِي ذَاكَ أَنْ يُسْتَثْنَى ... أَكْثَرُ مِنْ نِصْفٍ لَهُ أَوْ أَدْنَى

وَدُونَ ثُلْثٍ إِنْ يَكُنْ مَا اسْتُثْنِيَ ... بِعَدَدٍ أَوْ كَيْلٍ أَوْ بِوَزْنِ

وَإِنْ يَكُنْ لِثَمَرَاتٍ عَيَّنَا ... فَمُطْلَقًا يَسُوغُ مَا تَعَيَّنَا

تَعَرَّضَ فِي الْأَبْيَاتِ لِحُكْمِ بَيْعِ الثِّمَارِ وَاسْتِثْنَاءِ بَعْضِهَا، فَالْإِشَارَةُ فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ لِلثِّمَارِ وَالْمَقَاثِئِ وَالْخُضَرِ وَمُغَيَّبِ الْأَصْلِ كَالْجَزَرِ، فَأَخْبَرَ بِهَا حَاصِلُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ لِبَائِعِ الثِّمَارِ، وَمَا ذُكِرَ مَعَهَا اسْتِثْنَاءُ الْجُزْءِ الشَّائِعِ كَالرُّبْعِ وَالثُّلُثِ وَالنِّصْفِ وَأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ مَقْصُودَهُ الْجُزْءُ الشَّائِعُ مَا ذَكَرَ فِي الْبَيْتِ بَعْدَهُ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا اسْتَثْنَى كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ عَدَدًا، فَإِنْ يَكُنْ مَا اسْتَثْنَاهُ مِقْدَارَ ثُلُثِ تِلْكَ الثَّمَرَةِ

---

(١) القضب: كل شجر سبطت أغصانه وطالت، وقيل: ما أكل من النبات، وقيل: الفصافص. والقرط: هو العشب الذي تأكل الدواب. والقصيل: علف أخضر للبهائم.

فَأَقَلَّ جَازَ ذَلِكَ وَإِلَّا فَلاَ، إِلَّا أَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِهِ: «وَدُونَ ثُلْثٍ». أَنَّ مِقْدَارَ الثُّلُثِ نَفْسِهِ مِنْ حَيِّزِ الْكَثِيرِ، فَلاَ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَهَذَانِ وَجْهَانِ: اسْتِثْنَاءُ الْجُزْءِ الْمُشَاعِ، وَاسْتِثْنَاءُ قَدْرٍ مَعْلُومٍ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ، وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ اسْتِثْنَاءُ ثَمَرَةِ شَجَرَةٍ أَوْ شَجَرَاتٍ بِعَيْنِهَا، وَذَلِكَ جَائِزٌ أَيْضًا، كَانَ ذَلِكَ الْمُسْتَثْنَى قَلِيلاً أَوْ كَثِيرًا.

قَالَ الشَّارِحُ: لِأَنَّهُ غَيْرُ مَبِيعٍ، فَلاَ يَدْخُلُهُ الْخِلاَفُ الَّذِي فِي كَوْنِ الْمُسْتَثْنَى مَبِيعًا أَوْ مُبْقًى، وَقَدْ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلُ لِلْوَجْهَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ بِقَوْلِهِ: وَثَمَرَةٌ وَاسْتِثْنَاءُ قَدْرِ ثُلُثٍ. ثُمَّ قَالَ: وَجُزْءٌ مُطْلَقًا. وَلَمْ يَذْكُرْ الْوَجْهَ الثَّالِثَ.

وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ عَنْ الْمُتَيْطِيِّ مَا نَصُّهُ: وَيَجُوزُ لِبَائِعِ الثَّمَرَةِ أَنْ يَسْتَثْنِيَ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيرًا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَتَنَاوَلْ ذَلِكَ الْجُزْءَ الْمُسْتَثْنَى. هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ الْمَذْهَبِ.

ثُمَّ قَالَ: وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنْ الثَّمَرَةِ الْمَبِيعَةِ كَيْلاً مَعْلُومًا فِيمَا يُكَالُ، أَوْ وَزْنًا مَعْلُومًا فِيمَا يُوزَنُ، إِذَا كَانَ الْمُسْتَثْنَى ثُلُثَ الثَّمَرِ فَدُونَ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ. اهـ.

ثُمَّ نَقَلَ عَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ مَا نَصُّهُ: وَفِي النَّوَادِرِ عَنْ الْوَاضِحَةِ: وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَ حَائِطِهِ وَاسْتَثْنَى ثَمَرَ أَرْبَعِ نَخَلاَتٍ بِأَعْيَانِهَا جَازَ ذَلِكَ قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ. اهـ. وَإِلَى هَذَا التَّعْمِيمِ فِي الْقَلِيلَةِ وَالْكَثِيرَةِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْإِطْلاَقِ.

وَفِي عَصِيرِ الْكَرْمِ يُشْرَى بِالذَّهَبْ أَوْ فِضَّةٍ أَخْذُ الطَّعَامِ يُجْتَنَبْ

يَعْنِي أَنَّ مَنْ بَاعَ عَصِيرَ كَرْمِهِ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، فَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَنْ ثَمَنِهِ قَمْحًا أَوْ شَعِيرًا وَلَا غَيْرَهُمَا مِنْ سَائِرِ الطَّعَامِ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ اقْتِضَاءِ الطَّعَامِ مِنْ ثَمَنِ الطَّعَامِ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ نَظَرًا إِلَى مَا آلَ إِلَيْهِ الْأَمْرُ مِنْ طَعَامٍ بِطَعَامٍ إِلَى أَجَلٍ، وَهَذَا الْحُكْمُ لَا يَخْتَصُّ بِالْعَصِيرِ بَلْ كُلُّ طَعَامٍ[1]، كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقْتَضِيَ عَنْ ثَمَنِهِ طَعَامًا.

---

(١) قال ابن الحاجب في جامع الأمهات ص ٣٥٣: ويعتبر في الطعام مطلقًا أن من باع طعامًا إلى أجل لم يجز أن يشتري بذلك الثمن ولا بعضه طعامًا، وإن خالفه قبل الأجل ولا بعده إلا أن يكون على كيله وصفته إن محمولة فمحمولة وإن سمراء فسمراء.

فصل في الجائحة في ذلك

وَكُلُّ مَا لَا يُسْتَطَاعُ الدَّفْعُ لَهْ　　جَائِحَةٌ مِثْلُ الرِّيَاحِ الْمُرْسَلَةِ
وَالْجَيْشُ مَعْدُودٌ مِنَ الْجَوَائِحِ　　كَفِتْنَةٍ وَكَالْعَدُوِّ الْكَاشِحِ

تَعَرَّضَ فِي الْبَيْتَيْنِ لِتَعْرِيفِ الْجَائِحَةِ، فَأَخْبَرَ أَنَّهَا كُلُّ مَا لَا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ كَالرِّيحِ الْعَاصِفَةِ وَالْجَرَادِ الْمُنْتَشِرِ، وَالْجَيْشِ يَمُرُّ بِالنَّخِيلِ، وَالْفِتْنَةِ، وَالْعَدُوِّ، وَالْمَطَرِ، وَالْبَرْدِ، وَالطَّيْرِ، وَالنَّارِ، وَنَحْوِهِمَا، وَفُهِمَ مِنْهُ أَنَّ مَا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ كَسَارِقٍ لَيْسَ بِجَائِحَةٍ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كُلُّ مَا أَصَابَ الثَّمَرَةَ مِنْ الْجَرَادِ وَالرِّيحِ وَالنَّارِ وَالْغَزْوِ وَالْبَرْدِ وَالْمَطَرِ الْغَالِبِ وَالدُّودِ وَعَفَنِ الثَّمَرَةِ فِي الشَّجَرَةِ وَالسَّمُومِ، فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِحَةٌ تُوضَعُ مِنْ الْمُبْتَاعِ إِنْ أَصَابَتْ الثُّلُثَ فَصَاعِدًا، أَوْ الْجَيْشُ يَمُرُّ بِالنَّخْلِ فَيَأْخُذُ ثَمَرَتَهُ فَذَلِكَ جَائِحَةٌ[1].

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ سَرَقَهَا سَارِقٌ كَانَتْ الْجَائِحَةَ أَيْضًا.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ: لَيْسَ السَّارِقُ بِجَائِحَةٍ. ابْنُ يُونُسَ: وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَصْوَبُ؛ لِأَنَّهُ فِعْلُ مَخْلُوقٍ لَا يُقْدَرُ عَلَى دَفْعِهِ كَالْجَرَادِ. اهـ[2].

وَ«الْكَاشِحُ» الْمُضْمِرُ لِلْعَدَاوَةِ، وَهُوَ نَعْتٌ لِلْعَدُوِّ.

فَإِنْ يَكُنْ مِنْ عَطَشٍ مَا اتَّفَقَا　　فَالْوَضْعُ لِلثَّمَنِ فِيهِ مُطْلَقَا
وَإِنْ يَكُنْ مِنْ غَيْرِهِ فَفِي الثَّمَرْ　　مَا بَلَغَ الثُّلْثَ فَأَعْلَى الْمُعْتَبَرْ
وَفِي الْبُقُولِ الْوَضْعُ فِي الْكَثِيرِ　　وَفِي الَّذِي قَلَّ عَلَى الْمَشْهُورِ
وَأَلْحَقُوا نَوْعَ الْمَقَاثِئِ بِالثَّمَرْ　　هُنَا وَمَا كَالْيَاسَمِينِ وَالْجَزَرْ

حَاصِلُ الْأَبْيَاتِ أَنَّ الْجَائِحَةَ إِنْ كَانَتْ مِنْ الْعَطَشِ، فَإِنَّهُ يُوضَعُ عَنْ الْمُشْتَرِي ثَمَنُ مَا أُجْتِيحَ قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيرًا، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِالْإِطْلَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ الْعَطَشِ يُفَصَّلُ فِي

(١) المدونة ٣/ ٥٩٠.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ٥٠٧.

ذَلِكَ، فَفِي: الثِّمَارِ لَا يُوضَعُ إِلَّا مَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَأَكْثَرَ، وَيُلْحَقُ بِالثِّمَارِ فِي اعْتِبَارِ الثُّلُثِ أَنْوَاعُ الْمَقَاثِئِ وَمَا كَالْيَاسَمِينِ، وَمُغَيَّبُ الْأَصْلِ كَالْجَزَرِ حَسْبَمَا صَرَّحَ بِهِ النَّاظِمُ فِي الْبَيْتِ الرَّابِعِ عَلَى بَحْثٍ يَأْتِي مَعًا فِي مُغَيَّبِ الْأَصْلِ، وَأَمَّا الْبُقُولُ فَتُوضَعُ جَائِحَتُهَا قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ عَلَى الْمَشْهُورِ.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِنَ الْبُقُولِ السَّلْقِ وَالْبَصَلِ وَالْجَزَرِ وَالْفُجْلِ وَالْكُرَّاثِ وَشِبْهِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُوضَعُ قَلِيلُ مَا أُجِيحَ مِنْ ذَلِكَ وَكَثِيرُهُ.

ابْنُ الْمَوَّازِ: وَاللِّفْتُ وَالْأُصُولُ الْمُغَيَّبَةُ فِي الْأَرْضِ مِمَّا لَا يُدَّخَرُ هِيَ بِمَنْزِلَةِ الْبَقْلِ.

سَحْنُونٌ: وَأَمَّا الزَّعْفَرَانُ وَالرَّيْحَانُ وَالْبَقْلُ وَالْقُرْطُ وَالْقَضْبُ، فَإِنَّ الْجَوَائِحَ تُوضَعُ فِي قَلِيلِهَا وَكَثِيرِهَا، وَلَا تَصِحُّ فِيهَا الْمُسَاقَاةُ. اهـ. مِنْ الْمَوَّاقِ[١].

(تَنْبِيهٌ) مَا ذَكَرَهُ النَّاظِمُ مِنْ إِلْحَاقِ مُغَيَّبِ الْأَصْلِ كَالْجَزَرِ بِالثِّمَارِ، فَلَا تُوضَعُ جَائِحَتُهُ إِلَّا إِذَا بَلَغَتْ الثُّلُثَ، هُوَ أَحَدُ قَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَنَقَلَهُ فِي الْعُتْبِيَّةِ عَنْ سَحْنُونٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ حَسْبَمَا نَقَلَهُ الشَّارِحُ، وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا فِي نَقْلِ الْمَوَّاقِ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَقْلِ، تُوضَعُ جَائِحَتُهُ وَإِنْ قَلَّتْ، وَعَلَيْهِ دَرَجَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ حَيْثُ قَالَ: وَتُوضَعُ مِنَ الْعَطَشِ وَإِنْ قَلَّتْ كَالْبُقُولِ وَالزَّعْفَرَانِ وَالرَّيْحَانِ وَالْقُرْطِ وَالْقَضْبِ وَوَرَقِ التُّوتِ وَمُغَيَّبِ الْأَصْلِ كَالْجَزَرِ[٢]. وَالْجَزَرِ الإسفرانية.

وَانْظُرْ هَلْ يُحَاوَلُ عَلَى إِفَادَةِ الْخِلَافِ فِي مُغَيَّبِ الْأَصْلِ مِنْ النَّظْمِ، وَذَلِكَ إِنْ أَعْرَبْنَا قَوْلَهُ: «وَالْجَزَرُ» مُبْتَدَأً، وَقَوْلٌ فِي الْبَيْتِ بَعْدَهُ، وَالْقَصَبُ عَطْفٌ عَلَيْهِ، وَجُمْلَةُ بِهِ قَوْلَانِ خَبَرٌ عَنْ الْجَزَرِ وَمَا عُطِفَ عَلَيْهِ، وَبَاءُ «بِهِ» ظَرْفِيَّةٌ وَضَمِيرُهَا لِلْمَذْكُورِ مِنْ جَزَرٍ وَقَصَبٍ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْخِلَافِ أَوْلَى مِنْ الِاقْتِصَارِ عَلَى غَيْرِ الْمَشْهُورِ.

وَنَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ الِاسْتِغْنَاءِ مَا نَصُّهُ: مَنْ جَعَلَ فِي الْفُجْلِ وَالْجَزَرِ وَاللِّفْتِ وَالْأُصُولِ الْمُغَيَّبَةِ الْجَائِحَةَ فِي الثُّلُثِ فَصَاعِدًا يَجْعَلُ فِيهَا الشُّفْعَةَ، وَمَنْ جَعَلَ الْجَائِحَةَ فِيهَا فِي الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ كَالْبُقُولِ لَمْ يَجْعَلْ فِيهَا الشُّفْعَةَ، وَالْأَحْسَنُ فِيهَا قَوْلُ الْمُدَوَّنَةِ أَنْ لَا شُفْعَةَ فِيهَا، وَلَيْسَتْ كَالْبَاذِنْجَانِ وَالْمَقَاثِئِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَهَا ثَمَرَةٌ تَخْرُجُ عَنْ أُصُولِهَا تُجْتَنَى وَتَبْقَى أَيْ الْأُصُولُ. اهـ.

---

(١) التاج والإكليل ٤/٥٠٨.

(٢) مختصر خليل ص ١٦٠- ١٦١.

قَوْلُهُ: وَلَيْسَتْ كَالْبَاذِنْجَانِ وَالمَقَاثِيءِ. أَيْ اللَّذَيْنِ لَا تُوضَعُ جَائِحَتُهُمَا إِلَّا إِذَا بَلَغَتْ الثُّلُثَ، بَلْ تُوضَعُ مِنْ مُغَيَّبِ الْأَصْلِ وَإِنْ قَلَّتْ؛ لِأَنَّهَا إِذَا جُنِيَتْ لَمْ يَبْقَ لَهَا أَصْلٌ.

(تَنْبِيهٌ ثَانٍ) يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِ النَّاظِمِ: «وَإِنْ تَكُنْ مِنْ غَيْرِهِ فَفِي الثَّمَرِ...» الْبَيْتَ. أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ لِلْمَسْأَلَةِ بِقَوْلِهِ: وَتُوضَعُ جَائِحَةُ الثِّمَارِ كَالمَوْزِ وَالمَقَاثِيءِ[1].

قَالَ الشَّيْخُ ابْنُ غَازٍ: نَبَّهَ بِالثِّمَارِ عَلَى مَا يُدَّخَرُ كَالتَّمْرِ وَالْعِنَبِ، وَنَبَّهَ بِالمَوْزِ عَلَى مَا لَا يُدَّخَرُ كَالْخَوْخِ وَالرُّمَّانِ، وَنَبَّهَ بِالمَقَاثِيءِ عَلَى مَا يُطْعِمُ بُطُونًا كَالْوَرْدِ وَالْيَاسَمِينِ حَسْبَمَا هُوَ مَبْسُوطٌ فِي المُدَوَّنَةِ، وَيَنْطَبِقُ قَوْلُهُ: وَإِنْ بِيعَتْ عَلَى الْجَذِّ. عَلَى الْجَمِيعِ. اهـ.

وَالْقَصَبُ الْحُلْوُ بِهِ قَوْلَانِ ... كَوَرَقِ التُّوتِ هُمَا سِيَّانِ

يَعْنِي أَنَّ فِي الْقَصَبِ الْحُلْوِ وَوَرَقِ التُّوتِ قَوْلَيْنِ، هَلْ يُلْحَقَانِ بِالثِّمَارِ فَلاَ تُوضَعُ الْجَائِحَةُ فِيهِمَا إِلَّا إِذَا بَلَغَتْ الثُّلُثَ فَأَكْثَرَ؟ أَوْ يُلْحَقَانِ بِالْبُقُولِ فَتُوضَعُ جَائِحَتُهُمَا وَإِنْ قَلَّتْ؟

نَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ النَّوَادِرِ أَنَّ الْجَائِحَةَ فِي قَصَبِ السُّكَّرِ لَا تُوضَعُ حَتَّى تَبْلُغَ الثُّلُثَ، وَأَنَّهُ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ.

ثُمَّ نَقَلَ عَنْ كِتَابِ ابْنِ المَوَّازِ: أَنَّ الْجَائِحَةَ تُوضَعُ فِي قَصَبِ السُّكَّرِ وَإِنْ قَلَّتْ.

وَنَقَلَ أَيْضًا عَنْ الْوَاضِحَةِ قَالَ: وَجَائِحَةُ وَرَقِ التُّوتِ الَّذِي يُبَاعُ لِيُجْمَعَ أَخْضَرَ لِعَلَفِ دُودِ الْحَرِيرِ كَجَائِحَةِ الْبَلَحِ، وَشِبْهِهِ يُوضَعُ الثُّلُثُ فَصَاعِدًا وَلَيْسَ كَالْبَقْلِ.

وَرَوَى أَبُو زَيْدٍ فِي وَرَقِ التُّوتِ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ: أَنَّهُ كَالْبَقْلِ يُوضَعُ مِنْهُ مَا قَلَّ وَمَا كَثُرَ.

وَذَهَبَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ الْجَائِحَةِ فِي قَصَبِ السُّكَّرِ رَأْسًا، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ حَتَّى يَطِيبَ وَيُمْكِنَ قَطْعُهُ وَلَيْسَ هُوَ بِبُطُونٍ، وَقِيلَ: فِيهِ الْجَائِحَةُ، وَعَلَى هَذَا فَهَلْ هُوَ كَالثِّمَارِ أَوْ كَالْبُقُولِ؟ الْقَوْلَانِ المُتَقَدِّمَانِ، وَإِنَّمَا شَرَحْنَا الْقَوْلَيْنِ فِي قَصَبِ السُّكَّرِ بِمَا ذُكِرَ دُونَ الْقَوْلِ بِالْجَائِحَةِ وَعَدَمِهَا؛ لِيُوَافِقَ الْقَوْلَيْنِ فِي وَرَقِ التُّوتِ عَلَى أَنَّهُ كَالْبَقْلِ تُوضَعُ جَائِحَتُهُ وَإِنْ قَلَّتْ لِكَوْنِهِ قَوْلَ ابْنِ الْقَاسِمِ.

---

(١) مختصر خليل ص ١٦٠.

وَكُلُّهَـــا الْبَـــائِعُ ضَـــامِنٌ لَهَـــا إنْ كَـــانَ مَـــا أُجِـــيحَ قَبْــلَ الانْتِهَـــا

يَعْنِي أَنَّ الثِّمَارَ كُلَّهَا فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ، فَيُرْجَعُ عَلَيْهِ بِجَائِحَتِهَا إِذَا أُجِيحَتْ قَبْلَ انْتِهَاءِ الطِّيبِ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّ مَا أُجِيحَ بَعْدَ انْتِهَائِهِ، فَلاَ يُرْجَعُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ، وَضَمَانُهَا حِينَئِذٍ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَإِنَّمَا كَانَتْ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ قَبْلَ انْتِهَاءِ الطِّيبِ؛ لِأَنَّ لِلْمُشْتَرِي حَقًّا عَلَى الْبَائِعِ فِي إِبْقَاءِ الثَّمَرَةِ فِي أُصُولِهَا لِصَلاَحِهَا وَكَمَالِ طِيبِهَا، فَقَدْ بَقِيَ لَهُ فِيهَا حَقُّ تَوْفِيَةٍ، وَلَهُ عَلَى الْبَائِعِ سَقْيُهَا، وَظَاهِرُ النَّظْمِ أَنَّ بِانْتِهَاءِ الطِّيبِ تَخْرُجُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ، وَإِنْ لَمْ يَمْضِ مِنَ الزَّمَانِ مَا يُمْكِنُهُ فِيهِ قَطْعُهَا، وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالٍ ثَلاَثَةٍ.

قَالَ الْحَطَّابُ: نَاقِلاً عَنِ ابْنِ رُشْدٍ فِي الْمُقَدِّمَاتِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الثَّمَرَةَ تَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، وَيَسْقُطُ عَنِ الْبَائِعِ فِيهَا حُكْمُ الْجَائِحَةِ بِتَنَاهِي طِيبِهَا، وَإِنْ لَمْ يَمْضِ مِنَ الْمُدَّةِ بَعْدَ تَنَاهِي طِيبِهَا مَا يُمْكِنُهُ فِيهِ قَطْعُهَا.

الثَّانِي مِنَ الْأَقْوَالِ: أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ، وَلَا يَرْتَفِعُ عَنِ الْبَائِعِ حُكْمُ الْجَائِحَةِ إِلَّا بَعْدَ تَنَاهِي طِيبِهَا، وَأَنْ يَمْضِيَ مِنَ الْمُدَّةِ بَعْدَ تَنَاهِي طِيبِهَا مَا لَوْ شَاءَ الْمُبْتَاعُ أَنْ يَجُذَّهَا فِيهِ جَذَّهَا.

الثَّالِثُ: أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ، وَيَرْتَفِعُ عَنِ الْبَائِعِ حُكْمُ الْجَائِحَةِ حَتَّى يَمْضِيَ مِنَ الْمُدَّةِ بَعْدَ انْتِهَاءِ طِيبِهَا مَا جَرَى عَلَيْهِ الْعُرْفُ مِنَ التَّرَاخِي فِي ذَلِكَ وَاشْتَرَى عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي وَدَخَلَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ الْبَيِّنَ عِنْدَهُمْ كَالشَّرْطِ، وَهَذِهِ مَسْأَلَةٌ جَيِّدَةٌ مُسْتَقْصَاةٌ مُحَصَّلَةٌ غَايَةَ التَّحْصِيلِ لَمْ أَرَهَا مَجْمُوعَةً وَلَا مُخَلَّصَةً مُحَصَّلَةً لِمُتَقَدِّمٍ وَلَا سَمِعْتُهَا مِنْ مُتَأَخِّرٍ، وَاللهُ الْمُوَفِّقُ الْهَادِي بِعَوْنِهِ. انتهى كَلاَمُهُ.

وَنَقَلَهُ ابْنُ عَرَفَةَ بِتَمَامِ مَعْنَاهُ فِي أَوْجَزِ عِبَارَةٍ وَأَلْطَفِ إِشَارَةٍ، وَنَصُّهُ ابْنُ رُشْدٍ فِيمَا أُجِيحَ قَبْلَ كَمَالِ طِيبِهِ: الْجَائِحَةُ اتِّفَاقًا لِحَقِّ الْمُبْتَاعِ فِي بَقَائِهَا حَتَّى تَيْبَسَ، وَمَا أُجِيحَ بَعْدَ إِمْكَانِ جِذَاذِهِ بَعْدَ طِيبِهِ وَقَبْلَ مُضِيِّ مَا يُؤَخَّرُ إِلَيْهِ جَذُّهُ عَادَةً يَجْرِي، عَلَى اخْتِلاَفِ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْقَبُولِ، وَمَا أُجِيحَ بَعْدَهُ مِنْ مُبْتَاعِهِ اتِّفَاقًا، فَفِي كَوْنِ الثَّمَرَةِ مِنْ مُبْتَاعِهَا بِتَنَاهِي طِيبُهَا، وَإِنْ لَمْ يَمْضِ مَا يُمْكِنُهُ فِيهِ جَذُّهَا أَوْ بِمُضِيِّهَا. ثَالِثُهَا: بِمُضِيِّ ذَلِكَ وَمَا يَجْرِي الْعُرْفُ بِالتَّأْخِيرِ إِلَيْهِ، وَهَذَا تَحْصِيلٌ لَمْ أَرَهُ لِغَيْرِهِ. اهـ.

وَقَوْلُ ابْنِ عَرَفَةَ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي عَلَى اخْتِلاَفِ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْبُقُولِ؛ أَيْ لِأَنَّهُ قَالَ مَرَّةً

فِيهَا الْجَائِحَةُ، وَمَرَّةً لَا جَائِحَةَ فِيهَا، فَالثَّمَرَةُ بَعْدَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا كَالْبُقُولِ، وَيَجْرِي الْخِلاَفُ فِي هَذَا الْوَجْهِ أَيْضًا عَلَى الاخْتِلاَفِ فِي ضَمَانِ الْمَكِيلِ إِذَا تَلِفَ بَعْدَ أَنْ يَمْتَلِئَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَقَبْلَ أَنْ يُفْرِغَهُ فِي وِعَائِهِ.

(تَنْبِيهَانِ):

الْأَوَّلُ: لَمْ يَذْكُرْ النَّاظِمُ كَيْفِيَّةَ الرُّجُوعِ عَلَى الْبَائِعِ بِالْجَائِحَةِ، وَفِي ذَلِكَ تَفْصِيلٌ؛ لِأَنَّ الثِّمَارَ عَلَى قِسْمَيْنِ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ مَا بِيعَ مِنْ الثَّمَرِ مِمَّا شَأْنُهُ أَنْ يَيْبَسَ وَيُدَّخَرَ وَيُحْبَسَ أَوَّلُهُ عَلَى آخِرِهِ حَتَّى يُجَذَّ جَمِيعُهُ، وَسَوَاءٌ كَانَ مِمَّا يُخْرَصُ أَوْ لَا، وَذَلِكَ كَالتَّمْرِ وَالْعِنَبِ وَالزَّيْتُونِ وَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْفُسْتُقِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَهَذَا إِذَا أُجِيحَ مِنْهُ الْقَدْرُ الْمُعْتَبَرُ فِي الْجَائِحَةِ وَهُوَ ثُلُثُ الْمَكِيلَةِ فَأَكْثَرُ، وُضِعَ عَنْ الْمُشْتَرِي نِسْبَةُ مَا أُجِيحَ مِنْ الثَّمَنِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَلَا يُلْتَفَتُ هُنَا إِلَى الْقِيمَةِ، فَإِنْ أُجِيحَ مَثَلاً ثُلُثُ مَكِيلَةِ الْحَائِطِ وُضِعَ عَنْ الْمُشْتَرِي ثُلُثُ الثَّمَنِ أَوْ النِّصْفُ وُضِعَ عَنْهُ نِصْفُ الثَّمَنِ وَنَحْوُ ذَلِكَ، وَإِنْ أُجِيحَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثِ الثَّمَرَةِ فِي الْمِقْدَارِ لَمْ يُوضَعْ عَنْهُ شَيْءٌ، وَلَا تَقْوِيمَ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ؛ لِأَنَّ لِمُبْتَاعِهَا تَعْجِيلَ جَذِّهَا أَوْ تَأْخِيرَهَا حَتَّى تَيْبَسَ.

وَقَرِيبٌ مِنْ هَذَا اللَّفْظِ فِي الْمُدَوَّنَةِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الصَّغِيرُ: لَا تَقْوِيمَ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ؛ لِأَنَّ قُبَّةَ الْمُجَاحِ وَغَيْرِهِ مُتَسَاوِيَةٌ لَا تَتَفَاوَتُ فَلاَ فَائِدَةَ لِلتَّقْوِيمِ، بِخِلاَفِ مَا يَتَفَاوَتُ طِيبُهُ وَمَا اخْتَلَفَتْ بُطُونُهُ، فَإِنَّ الْقِيمَةَ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ. اهـ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَمَا بِيعَ مِمَّا يُطْعِمُ بُطُونًا كَالْمَقَاثِئِ وَالْوَرْدِ وَالْيَاسَمِينِ وَشِبْهِهِ، أَوْ مِنْ الثِّمَارِ، أَوْ مِمَّا لَا يُخْرَصُ وَلَا يُدَّخَرُ مِمَّا يُطْعَمُ فِي كَرَّةٍ إِلَّا أَنَّ طِيبَهُ يَتَفَاوَتُ، وَلَا يُحْبَسُ أَوَّلُهُ عَلَى آخِرِهِ كَالتُّفَّاحِ وَالرُّمَّانِ وَالْخَوْخِ وَالتِّينِ، فَإِنْ أُجِيحَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ مَا أَصَابَتْ الْجَائِحَةُ مِنْهُ قَدْرَ ثُلُثِ الثَّمَرَةِ فِي النَّبَاتِ فَأَكْثَرَ أَوَّلَ مَجْنَاهُ أَوْ وَسَطَهُ أَوْ آخِرَهُ؛ حُطَّ مِنْ الثَّمَنِ قَدْرُ قِيمَتِهِ فِي زَمَنِهِ مِنْ قِيمَةِ بَاقِيهِ، كَانَ فِي الْقِيمَةِ أَقَلَّ مِنْ الثُّلُثِ أَوْ أَكْثَرُ، وَإِنْ كَانَ الْمُجَاحُ مِنْ الْجَمِيعِ أَقَلَّ مِنْ الثُّلُثِ فِي كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ لَا فِي الْقِيمَةِ، فَلاَ يُوضَعُ فِيهِ جَائِحَةٌ زَادَتْ قِيمَتُهُ عَلَى الثُّلُثِ أَوْ نَقَصَتْ، مِثْلَ أَنْ يَبْتَاعَ مَقْثَأَةً بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَأُجِيحَ بَطْنٌ مِنْهَا، ثُمَّ جَنَى بَطْنَيْنِ فَانْقَطَعَتْ، فَإِنْ كَانَ الْمُجَاحُ مِمَّا لَمْ يُجَحْ قَدْرَ ثُلُثِ النَّبَاتِ بَعْدَ مَعْرِفَةِ نَاحِيَةِ النَّبَاتِ وُضِعَ قَدْرُهُ، وَقِيلَ مَا قِيمَةُ الْمُجَاحِ فِي زَمَنِهِ فَقِيلَ: ثَلاَثُونَ،

وَالْبَطْنُ الثَّانِي عِشْرُونَ، وَالثَّالِثُ عَشَرَةٌ فِي زَمَانِهَا لِغَلاَءِ أَوَّلِهِ، وَإِنْ قَلَّ وَرَخُصَ آخِرُهُ، وَإِنْ كَثُرَ فَيُرْجَعُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ المُجَاحُ تِسْعَةَ أَعْشَارِ الْقِيمَةِ لَرَجَعَ بِمِثْلِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ فِي النَّبَاتِ لَمْ يُوضَعْ مِنْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ تِسْعَةَ أَعْشَارِ الصَّفْقَةِ، وَكَذَلِكَ فِيمَا يَتَفَاوَتُ طِيبُهُ مِمَّا لَيْسَ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ. اهـ. مِنَ المَوَّاقِ[١].

وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ هُوَ المَشْهُورُ، وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ يُقَوَّمُ المُجَاحُ فِي وَقْتِهِ وَغَيْرُ المُجَاحِ فِي وَقْتِهِ، ثُمَّ يُنْسَبُ قِيمَةُ المُجَاحِ مِنَ المَجْمُوعِ، فَإِنْ كَانَتْ ثُلُثًا رَجَعَ بِثُلُثِ الثَّمَنِ، وَإِنْ كَانَتْ رُبُعًا رَجَعَ بِرُبُعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ نِصْفًا رَجَعَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَهَكَذَا.

وَقِيلَ: إِنَّ الجَائِحَةَ مُعْتَبَرَةٌ بِثُلُثِ الْقِيمَةِ، فَإِنْ أُجِيحَ قِيمَةُ ثُلُثِ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ وُضِعَ عَنِ المُشْتَرِي نِسْبَةُ ذَلِكَ مِنَ الثَّمَنِ وَإِلَّا فَلاَ.

وَهَذَا قَوْلُ أَشْهَبَ فِي المُدَوَّنَةِ أَيْضًا وَغَيْرِهَا، وَإِلَى هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ أَشَارَ الْإِمَامُ ابْنُ الْحَاجِبِ بِقَوْلِهِ: وَيُعْتَبَرُ ثُلُثُ المَكِيلَةِ لَا ثُلُثُ الْقِيمَةِ مُطْلَقًا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، فَيُحَطُّ مِنَ الثَّمَنِ قَدْرُ قِيمَتِهِ مِنْ بَاقِيهِ كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ أَكْثَرَ. وَقَالَ أَشْهَبُ: المُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْقِيمَةِ، وَلَوْ كَانَ يُحْبَسُ أَوَّلُهُ عَلَى آخِرِهِ كَالْعِنَبِ وَالرُّطَبِ فَبِالمَكِيلَةِ بِاتِّفَاقٍ. اهـ[٢].

فَقَوْلُهُ: مُطْلَقًا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ. أَيْ: كَانَ مِمَّا يُطْعِمُ بَطْنًا أَوْ بُطُونًا كَالمَقَاثِئِ وَالْوَرْدِ وَالْيَاسَمِينَ، وَيُحْتَمَلُ: بَلَغَ ثُلُثَ الْقِيمَةِ أَمْ لَا.

وَقَوْلُهُ: قَدْرَ قِيمَتِهِ. أَيْ: قِيمَةِ المُجَاحِ الَّذِي هُوَ الثُّلُثُ فَأَكْثَرُ مَنْسُوبًا مِنْ قِيمَةِ المَجْمُوعِ مَا أُجِيحَ وَمَا لَمْ يُجَحْ كَمَا تَقَدَّمَ، فَبِتِلْكَ النِّسْبَةِ يُرْجَعُ مِنَ الثَّمَنِ.

وَقَوْلُهُ: بِاتِّفَاقٍ. قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: حَكَى جَمَاعَةٌ هَذَا الاتِّفَاقَ كَالمُؤَلِّفِ، لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِأَنْ يَكُونَ صِنْفًا وَاحِدًا، وَلَوْ كَانَ أَصْنَافًا كَالْبَرْنِيِّ وَالْجُعْرُورِيِّ وَالصَّيْحَانِيِّ لَجَرَى عَلَى الْخِلاَفِ. اهـ.

أَيْ: المُتَقَدِّمِ بَيْنَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ هَلْ المُعْتَبَرُ المَكِيلَةُ أَوْ الْقِيمَةُ؟

الثَّانِي: إِذَا بَقِيَ بَعْدَ الجَائِحَةِ شَيْءٌ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ المُشْتَرِي بِمَا يَنُوبِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ قَلَّ وَلَيْسَ لَهُ رَدُّ ذَلِكَ عَلَى الْبَائِعِ وَأَخْذُ جَمِيعِ ثَمَنِهِ، كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ جُلَّ المَبِيعِ؛ إِذْ لَا سَبَبَ لِلْبَائِعِ فِي الجَائِحَةِ، فَفَارَقَ ذَلِكَ حُكْمَ الاِسْتِحْقَاقِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ. قَالَهُ ابْنُ رُشْدٍ. وَإِلَى

---

(١) التاج والإكليل ٤/٥٠٥.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٦٧.

ذَلِكَ أَشَارَ الشَّيْخُ خَلِيلُ بِقَوْلِهِ: وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي بَاقِيهَا وَإِنْ قَلَّ[١].

الثَّالِثُ: غُلُوُّ السِّعْرِ غَيْرُ مُسْقِطٍ لِلرُّجُوعِ بِالْجَائِحَةِ.

قَالَ الْحَطَّابُ: صَرَّحَ بِذَلِكَ ابْنُ شَعْبَانَ فِي الزَّاهِي وَنَصُّهُ: وَلَوْ أُجِيحَ وَغَلاَ ثَمَنُ الثَّمَرَةِ حَتَّى زَادَ عَلَى المَعْلُوم مِنْ الْأَثْمَانِ لَوْ لَمْ تَكُنْ جَائِحَةٌ مَا سَقَطَتْ. اهـ.

وَمَنْ أَرَادَ تَتَبُّعَ مَسَائِلَ هَذَا الْفَصْلِ فَعَلَيْهِ بِتَأْلِيفِ الْإِمَامِ الْحَطَّابِ فِي مَسَائِلِ الْجَوَائِحِ الْمُسَمَّى بِـ(الْقَوْلِ الْوَاضِحِ فِي مَسَائِلِ الْجَوَائِحِ).

الرَّابِعُ: إِنَّمَا قَدَّمْنَا فِي هَذَا الْفَصْلِ بَعْضَ الْأَبْيَاتِ عَلَى بَعْضٍ لِمَا رَأَيْنَا فِي ذَلِكَ مِنْ الْمُنَاسَبَةِ، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) مختصر خليل ص ١٦١.

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

بَيْعُ الرَّقِيقِ أَصْلُهُ السَّلاَمَهْ وَحَيْثُ لَمْ تُذْكَرْ فَلاَ مَلاَمَهْ

وَهُوَ مُبِيحٌ لِلْقِيَامِ عِنْدَمَا يُوجِبُ عَيْبٌ بِالمَبِيعِ قُدِّمَا

يَعْنِي أَنَّ الْأَصْلَ فِي بَيْعِ الرَّقِيقِ السَّلاَمَةُ مِنْ الْعَيْبِ، فَإِنْ نُصَّ عَلَيْهَا فَلاَ إِشْكَالَ، وَإِنْ تَذَكَّرَ فَلاَ مَلاَمَةَ فِي عَدَمِ ذِكْرِهَا، وَالْبَيْعُ مَحْمُولٌ عَلَيْهَا، وَإِنْ سَكَتَ عَنْهَا اسْتِصْحَابًا لِلأَصْلِ، فَلِذَلِكَ كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْقِيَامُ بِالْعَيْبِ الْقَدِيمِ يَجِدُهُ بِالمَبِيعِ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي مَا لَمْ يَنُصَّ عَلَى الْبَرَاءَةِ، فَلاَ قِيَامَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ حِينَئِذٍ بِعَيْبٍ إِلَّا بِمَا ثَبَتَ تَدْلِيسُهُ بِهِ.

وَإِلَى إِبَاحَةِ قِيَامِ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْبِ الْقَدِيمِ أَشَارَ المُؤَلِّفُ بِقَوْلِهِ: «وَهُوَ مُبِيحٌ...» الْبَيْتَ. وَالضَّمِيرُ لِبَيْعِ الرَّقِيقِ الَّذِي أَصْلُهُ السَّلاَمَةُ، يَعْنِي مَا لَمْ يَدْخُلْ عَلَى الْبَرَاءَةِ، فَلاَ قِيَامَ لَهُ كَمَا ذَكَرَ.

قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: بَيْعُ الرَّقِيقِ عَلَى وَجْهَيْنِ: عَلَى السَّلاَمَةِ مِنْ الْعُيُوبِ؛ وَعَلَى الْبَرَاءَةِ، وَيُكْتَبُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ: «اشْتَرَى فُلاَنٌ مِنْ فُلاَنٍ مَمْلُوكَةً رُومِيَّةً اسْمُهَا كَذَا، أَوْ مَمْلُوكَةً سَوْدَاءَ جَانِيَةً أَوْ بَرِيزِيَّةً اسْمُهَا كَذَا، أَوْ مَمْلُوكًا اسْمُهُ كَذَا وَنَعْتُهُ كَذَا، بِثَمَنٍ مَبْلَغُهُ كَذَا، يَدْفَعُهُ لِأَجَلِ كَذَا، وَقَبَضَ الْمُشْتَرِي مَا اشْتَرَاهُ بَعْدَ النَّظَرِ وَالتَّقْلِيبِ وَالرِّضَا عَلَى الصِّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ الْعُيُوبِ، أَوْ بَعْدَ الْعِلْمِ أَنَّ بِهَا مِنْ الْعُيُوبِ كَذَا وَكَذَا، فَرَضِيَهَا وَالْتَزَمَهَا، وَعَلَى السَّلاَمَةِ مِمَّا عَدَا ذَلِكَ، وَشُهِدَ عَلَيْهِمَا بِذَلِكَ، وَبِمَحْضَرِ المَمْلُوكَةِ، وَعَلَى عَيْنِهَا وَإِقْرَارِهَا بِالرِّقِّ لِبَائِعِهَا المَذْكُورِ إِلَى أَنْ عُقِدَ عَلَيْهَا هَذَا الْبَيْعُ، وَفِي تَارِيخ كَذَا».

(بَيَانٌ) فَائِدَةُ الِاعْتِرَافِ بِالرِّقِّ أَنَّهُ قَدْ يُثْبِتُ حُرِّيَّةً وَالْبَائِعُ عَدِيمٌ وَالْعَبْدُ أَوْ الْأَمَةُ ذُو مَالٍ، فَيُرْجَعُ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ.

وَفِي كِتَابِ الِاسْتِغْنَاءِ: أَنَّهُ لَا قِيَامَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْحُرِّيَّةِ إِنْ ادَّعَاهَا، وَقَوْلُنَا عَلَى الصِّحَّةِ وَالسَّلاَمَةِ بَيَانٌ حَسَنٌ، وَإِنْ سَكَتَ عَنْهُ فَالْبَيْعُ مَحْمُولٌ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ حَتَّى يَنُصَّ فِيهِ أَنَّهُ عَلَى الْبَرَاءَةِ، وَحُكْمُ هَذَا الْبَيْعِ أَنَّ مَا أَلْفَى فِي المَبِيعِ مِنْ عَيْبٍ أَقْدَمَ مِنْ أَمَدِ الْبَيْعِ رَجَعَ بِهِ.اهـ. وَيَأْتِي الْكَلاَمُ عَلَى بَيْعِ الْبَرَاءَةِ حَيْثُ ذَكَرَهُ النَّاظِمُ.

(فَرْعٌ) نَقَلَ الشَّارِحُ عَنْ الْمُقَرَّبِ مَا نَصُّهُ: وَلِمَالِكٍ فِي سَمَاعِ أَشْهَبَ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ

اشْتَرَى بِالْبَرَاءَةِ فَلاَ يَبِيعُ بَيْعَ الْإِسْلاَمِ وَعُهْدَتِهِ حَتَّى يُخْبَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِالْبَرَاءَةِ، وَمَنْ اشْتَرَى بِبَيْعِ الْإِسْلاَمِ وَعُهْدَتِهِ فَلاَ يَبِيعُ بِالْبَرَاءَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَكُونُ فِي مِثْلِهِ التَّدْلِيسُ، إِلَّا رَجُلاً بَاعَ لِدَيْنٍ عَلَيْهِ أَوْ فِي مِيرَاثٍ أَوْ بَيْعِ السُّلْطَانِ، فَإِنَّ لِهَؤُلَاءِ أَنْ يَبِيعُوا بَيْعَ الْبَرَاءَةِ، وَإِنْ كَانُوا قَدْ ابْتَاعُوا بَيْعَ الْإِسْلاَمِ وَعُهْدَةِ الْإِسْلَامِ. اهـ.

وَالْعَيْبُ إِمَّا ذُو تَعَلُّقٍ حَصَلْ	ثُبُوتُهُ فِيمَا يُبَاعُ كَالشَّلَلْ
أَوْ مَا لَهُ تَعَلُّقٌ لَكِنَّهْ	مُنْتَقِلٌ عَنْهُ كَمِثْلِ الْجَنَّهْ
أَوْ بَائِنٌ كَالزَّوْجِ وَالْإِبَاقِ	فَالرَّدُّ فِي الْجَمِيعِ بِالْإِطْلَاقِ
إِلَّا بِأَوَّلٍ بِمَا مِنْهُ ظَهَرْ	لِمَنْ يَكُونُ بِالْعُيُوبِ ذَا بَصَرْ
وَالْخُلْفُ فِي الْخَفِيِّ مِنْهُ وَالْحَلِفْ	يَلْزَمُ إِلَّا مَعَ تَدَيُّنٍ عُرِفْ

يَعْنِي أَنَّ عُيُوبَ الرَّقِيقِ عَلَى ثَلاَثَةِ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِهِ تَعَلُّقَ ثُبُوتٍ لَا يُنْتَقَلُ عَنْهُ، كَالشَّلَلِ وَالْقَطْعِ وَالْكَيِّ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِهِ تَعَلُّقَ انْتِقَالٍ، كَالْجُنُونِ وَالْبَوْلِ فِي الْفِرَاشِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ بَائِنًا عَنْهُ كَالسَّرِقَةِ وَالْإِبَاقِ وَالزَّوْجِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَإِلَى هَذِهِ الْأَقْسَامِ أَشَارَ بِالْبَيْتَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ وَشَطْرِ الثَّالِثِ، وَالشَّلَلُ يُبْسُ الْكَفِّ لِجُرْحٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَمَنْ اشْتَرَى رَقِيقًا فَوَجَدَ فِيهِ عَيْبًا قَدِيمًا مِنْ الْقِسْمِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ، فَلَهُ الرَّدُّ بِهِ، كَانَ الْمُشْتَرِي عَارِفًا بِالْعُيُوبِ أَوْ غَيْرَ عَارِفٍ بِهَا، وَكَذَلِكَ لَهُ الرَّدُّ بِعُيُوبِ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ لِغَيْرِ الْعَارِفِ ظَاهِرًا كَانَ الْعَيْبُ أَوْ خَفِيًّا.

وَأَمَّا الْعَارِفُ فَلاَ رَدَّ لَهُ بِمَا كَانَ مِنْهُ ظَاهِرٌ، تَقْدِيمًا لِلْغَالِبِ الَّذِي هُوَ رُؤْيَتُهُ، وَالْعِلْمُ بِهِ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي هُوَ الْجَهْلُ بِهِ.

وَأَمَّا الْخَفِيُّ فَفِي رُجُوعِ الْعَارِفِ بِهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا رَدَّ لَهُ، رَوَاهُ ابْنُ حَبِيبٍ وَغَيْرُهُ عَنْ مَالِكٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَرُدُّ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ مَا رَآهُ.

قَوْلُهُ ابْنُ الْقَاسِمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ بَصَرِهِ غَيْرُ مُتَّهَمٍ لِتَدَيُّنِهِ، فَلَهُ الرَّدُّ فِي الظَّاهِرِ وَالْخَفِيِّ

دُونَ يَمِينٍ، وَإِلَى الرَّدِّ بِمَا ذُكِرَ إِلَّا مَا اُسْتُثْنِيَ مِنْهُ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «فَالرَّدُّ فِي الْجَمِيعِ بِالْإِطْلَاقِ إِلَّا بِأَوَّلٍ». إِلَى آخِرِ الْبَيْتَيْنِ. وَضَمِيرُ مِنْهُ فِي الْبَيْتِ الرَّابِعِ وَالْخَامِسِ لِلْقِسْمِ الْأَوَّلِ مِنَ الْعُيُوبِ.

وَقَوْلُهُ: «فِي الْخَفِيِّ مِنْهُ...» إِلَخْ. يَعْنِي وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا مِنْ كَوْنِ الْمُشْتَرِي ذَا بَصَرٍ بِالْعُيُوبِ، وَحَلِفُهُ مُفَرَّعٌ عَلَى أَنَّ لَهُ الرَّدَّ كَمَا تَقَدَّمَ عَلَى أَنَّ تَقْسِيمَ الْمُشْتَرِي إِلَى كَوْنِهِ عَارِفًا بِالْعُيُوبِ أَوْ لَا، إِنَّمَا يَظْهَرُ مَعْنَاهُ فِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ فَقَطْ بِمَا هُوَ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَبِيعِ؛ إِذْ هُوَ الَّذِي يَفْتَرِقُ فِيهِ الْعَارِفُ مِنْ غَيْرِهِ.

وَأَمَّا الْقِسْمَانِ الْأَخِيرَانِ فَالْعَارِفُ وَغَيْرُهُ فِيهِمَا سَوَاءٌ، وَإِنَّمَا يُذْكَرُ فِيهِمَا تَتْمِيمًا لِلتَّقْسِيمِ لَا غَيْرُ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَأَمَّا مَا تَعَلَّقَ مِنْ الْعُيُوبِ بِالْأَبْدَانِ تَعَلُّقَ انْتِقَالٍ أَوْ كَانَ بَائِنًا عَنْهَا، فَلِلْمَبِيعِ الرَّدُّ بِهِ نَخَّاسًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ.

(تَفْرِيعٌ) إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي الرَّدُّ بِالْعَيْبِ إِذَا ثَبَتَ الْعَيْبُ، وَكَوْنُهُ قَدِيمًا أَيْ قَبْلَ الْبَيْعِ وَلَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي، وَلَا رَضِيَ بِهِ بَعْدَ الشِّرَاءِ، فَإِذَا تَنَازَعَا فِي وُجُودِ الْعَيْبِ الْخَفِيِّ، فَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ: قَالَ فِي الْجَوَاهِرِ: لَا يُقْبَلُ دَعْوَى الْمُبْتَاعِ إِنْ بَاعَ لَهُ عَيْبًا دُونَ أَنْ يُبَيِّنَهُ بِالْمُشَاهَدَةِ إِنْ كَانَ مُشَاهَدًا، أَوْ بِالْبَيِّنَةِ إِنْ كَانَ غَيْرَ مُشَاهَدٍ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ عُدُولٌ قُبِلَ غَيْرُهُمْ لِلضَّرُورَةِ، قَالَ الْبَاجِيُّ: وَلَوْ كَانُوا غَيْرَ مُسْلِمِينَ[1]. وَسَيَأْتِي هَذَا لِلنَّاظِمِ آخِرَ التَّرْجَمَةِ.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ وَحُدُوثِهِ، فَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ: لَا يَخْلُو الْعَيْبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَحْدُثُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، أَوْ مِمَّا أَنَّهُ لَا يَكُونُ عِنْدَ الْبَائِعِ، فَالْقَوْلُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ قَوْلُ مَنْ قَوِيَ سَبَبُهُ مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ، أَوْ يَكُونُ مُحْتَمَلاً فَيُثْبِتُهُ الْمُبْتَاعُ بِالْبَيِّنَةِ، فَإِنْ لَمْ تُوجَدْ الْبَيِّنَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ؛ إِذْ الْأَصْلُ لُزُومُ الْعَقْدِ. اهـ.

فَقَوْلُهُ: مِمَّا لَا يَحْدُثُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي. أَيْ لِظُهُورِ عَلَامَةِ قِدَمِهِ.

وَقَوْلُهُ: أَوْ مِمَّا يُعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ عِنْدَ الْبَائِعِ؛ أَيْ لِظُهُورِ عَلَامَةِ حُدُوثِهِ.

وَقَوْلُهُ: فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ قَوِيَ سَبَبُهُ. هُوَ الْمُشْتَرِي فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَالْبَائِعُ فِي الثَّانِيَةِ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٦١.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دُخُولِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْعَيْبِ، فَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ بِالْعَيْبِ أَوْ أَرَاهُ إِيَّاهُ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْمُبْتَاعُ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الْمُبْتَاعَ الْيَمِينُ، فَإِنْ حَلَفَ رُدَّ بِالْعَيْبِ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْبَائِعُ وَبَرِئَ مِنْهُ، قَالَهُ الْبَاجِيُّ، نَقَلَهُ فِي التَّوْضِيحِ.

وَإِذَا تَنَازَعَا فَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ عَلِمَ بِالْعَيْبِ وَرَضِيَهُ، فَفِي الْمُدَوَّنَةِ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ الْمُبْتَاعُ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ عَلِمَ رِضَاهُ بِمُخْبِرٍ أَخْبَرَهُ، أَوْ يَقُولُ: قَدْ بَيَّنْتُهُ لَهُ فَرَضِيَهُ. قَالَ فِيهَا: وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ لَهُ احْلِفْ أَنَّكَ لَمْ تَرَ الْعَيْبَ عِنْدَ الشِّرَاءِ، فَلاَ يَمِينَ عَلَيْهِ حَتَّى يَدَّعِيَ أَنَّهُ أَرَاهُ إِيَّاهُ فَيَحْلِفُ[1]. قَالَهُ فِي التَّوْضِيحِ.

وَكَيْفِيَّةُ دُخُولِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْعَيْبِ أَنَّ الْعَيْبَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَتَفَاوَتَ فِي نَفْسِهِ بِالْقِلَّةِ وَالْكَثْرَةِ أَوْ لَا، فَالثَّانِي يَبْرَأُ بِتَسْمِيَتِهِ كَقَطْعِ الْيَدِ وَالْعَوَرِ مَثَلاً، وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَلاَ تَنْقَطِعُ حُجَّةُ الْمُشْتَرِي فِيهِ إِلَّا بِثَلاَثَةِ شُرُوطٍ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يَقُولَ هُوَ بِهِ؛ ابْنُ الْمَوَّازِ: وَلَا يَنْفَعُهُ لَوْ أَفْرَدَهُ فَقَالَ: أَبِيعُكَ بِالْبَرَاءَةِ مِنْ كَذَا حَتَّى يَقُولَ: إِنَّ ذَلِكَ بِهِ.

ثَانِيهَا: أَنْ يُطْلِعَهُ عَلَى مَا يَعْلَمُ مِنْ حَالِهِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ خَبَرٍ يَقُومُ مَقَامَهَا.

ثَالِثُهَا: أَنْ لَا يُجْمِلَهُ مِنْ غَيْرِهِ مِمَّا لَيْسَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ذَكَرَ لَهُ مَا لَيْسَ فِيهِ اعْتَقَدَ الْمُبْتَاعُ أَنَّ جَمِيعَ مَا ذَكَرَ كَذَلِكَ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَمْ يَتَبَرَّأْ مِنْ عَيْبٍ. قَالَهُ فِي التَّوْضِيحِ.

وَإِلَى هَذِهِ الْكَيْفِيَّةِ أَشَارَ فِي مُخْتَصَرِهِ بِقَوْلِهِ: وَإِذَا عَلِمَهُ بَيَّنَ أَنَّهُ بِهِ وَوَصَفَهُ أَوْ أَرَاهُ لَهُ وَلَمْ يُجْمِلْهُ[2].

وَحَيْثُ لَا يَثْبُتُ فِي الْعَيْبِ الْقِدَمْ ... كَانَ عَلَى الْبَائِعِ فِي ذَاكَ الْقَسَمْ

وَهُوَ عَلَى الْعِلْمِ بِمَا يَخْفَى وَفِي ... غَيْرِ الْخَفِيِّ الْحَلْفُ بِالْبَتِّ اُقْتُفِيَ

وَفِي نُكُولِ بَائِعٍ مَنْ اشْتَرَى ... يَحْلِفُ وَالْحَلِفُ عَلَى مَا قَرَّرَا

تَقَدَّمَ أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ النِّزَاعُ فِي قِدَمِ الْعَيْبِ وَحُدُوثِهِ، وَلَمْ يَثْبُتْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِذَا قُلْنَا بِحَلِفِهِ، فَهَلْ يَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ أَوْ عَلَى الْعِلْمِ؟ فِيهِ تَفْصِيلٌ: فَإِنْ

---

(١) المدونة ٣/٣٤٨.

(٢) مختصر خليل ص ١٥٥.

كَانَ الْعَيْبُ مِمَّا يَخْفَى حَلَفَ عَلَى الْعِلْمِ، وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا لَا يَخْفَى حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ، فَإِنْ نَكَلَ الْبَائِعُ حَلَفَ الْمُشْتَرِي وَرُدَّ، وَحَلِفُهُ كَمَا ذَكَرَ فِي الْبَائِعِ عَلَى الْعِلْمِ فِي الْخَفِيِّ وَعَلَى الْبَتِّ فِي الظَّاهِرِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ الْعَيْبُ مِمَّا يُمْكِنُ حُدُوثُهُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا، فَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا لَا يَخْفَى مِثْلُهُ، حَلَفَ الْبَائِعُ عَلَى الْبَتِّ أَنَّهُ مَا بَاعَهُ وَهُوَ بِهِ، إِنْ كَانَ مِمَّا يَخْفَى مِثْلُهُ وَيَرَى أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْهُ، حَلَفَ الْبَائِعُ عَلَى الْعِلْمِ أَنَّهُ مَا بَاعَهُ وَهُوَ بِهِ، وَعَلَى الْمُبْتَاعِ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ قَدِيمًا عِنْدَ الْبَائِعِ[1].

وَفِي النَّوَادِرِ مِنْ سَمَاعِ عِيسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: وَإِذَا كَانَ عَيْبٌ يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَيَقْدُمُ حَلَفَ الْبَائِعُ عَلَى الْعِلْمِ فِيمَا يَخْفَى وَعَلَى الْبَتِّ فِيمَا لَا يَخْفَى، فَإِنْ نَكَلَ فِي الْوَجْهَيْنِ حَلَفَ الْمُبْتَاعُ عَلَى الْعِلْمِ.

قَالَ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ: يَحْلِفُ الْبَائِعُ فِي الْبَتِّ وَالْعِلْمِ.

قَالَ الشَّارِحُ: اعْتَمَدَ الشَّيْخُ مَا فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَّازِ مِنْ كَوْنِ حَلِفِ الْمُبْتَاعِ كَحَلِفِ الْبَائِعِ فِي الْعُلُوِّ وَالْبَتِّ دُونَ رِوَايَةِ عِيسَى؛ لِأَنَّهُ الَّذِي جَرَتْ بِهِ الْأَحْكَامُ.

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: وَيَمِينُهُ بِعْتُهُ وَفِي ذِي التَّوْفِيَةِ وَأَقْبَضْتُهُ، وَمَا هُوَ بِهِ بَتًّا فِي الظَّاهِرِ، وَعَلَى الْعِلْمِ فِي الْخَفِيِّ[2].

وَلَيْسَ فِي صَغِيرَةٍ مُوَاضَعَهْ ... وَلَا لِوَخْشٍ حَيْثُ لَا مُجَامَعَهْ

وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ تَعْجِيلِ الثَّمَنْ ... وَإِنْ يَكُنْ ذَاكَ بِطَوْعٍ فَحَسَنْ

الْمُوَاضَعَةُ: قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: هِيَ جَعْلُ الْأَمَةِ مُدَّةَ اسْتِبْرَائِهَا فِي حَوْزِ مَقْبُولٍ خَبَرُهُ عَنْ حَيْضَتِهَا. اهـ[3].

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: الشَّأْنُ كَوْنُهَا عَلَى يَدِ امْرَأَةٍ، فَإِنْ وُضِعَتْ بِيَدِ رَجُلٍ لَهُ أَهْلٌ يَنْظُرُونَهَا أَجْزَأَ[4].

---

(١) المدونة ٣/٣٤٧.

(٢) مختصر خليل ص ١٥٦.

(٣) التاج والإكليل ٤/١٧٣.

(٤) التاج والإكليل ٤/١٧٤.

ابْنُ رُشْدٍ: الاِسْتِبْرَاءُ وَاجِبٌ لِحِفْظِ النَّسَبِ كَوُجُوبِ الْعِدَّةِ، وَأَمَّا الْمُوَاضَعَةُ فَهِيَ أَيْضًا وَاجِبَةٌ لِدَفْعِ الْغَرَرِ وَالْخَطَرِ، وَذَلِكَ فِي الْأَمَةِ الَّتِي يُنْقِصُ الْحَمْلُ مِنْ ثَمَنِهَا كَثِيرًا، أَوْ الَّتِي وَطِئَهَا الْبَائِعُ. اهـ[١].

قَدْ اشْتَمَلَ الْبَيْتَانِ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

الْأَوَّلُ: مَنْ اشْتَرَى أَمَةً صَغِيرَةً لَا تُطِيقُ الْوَطْءَ، أَوْ كَبِيرَةً وَخْشًا وَهِيَ الَّتِي لَا تُرَادُ لِلْوَطْءِ، فَلاَ مُوَاضَعَةَ فِيهِمَا، إِنَّمَا الْمُوَاضَعَةُ فِي الَّتِي تُطِيقُ مَنْ الرَّقِيقِ أَوْ وَخْشَةٍ إذَا أَقَرَّ الْبَائِعُ بِوَطْئِهَا.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّ الْأَمَةَ الْمُوَاضَعَةَ لَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ النَّقْدِ فِيهَا لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا إنْ لَمْ يَظْهَرْ حَمْلٌ أَوْ سَلَفًا إنْ ظَهَرَ، فَإِنْ شُرِطَ النَّقْدُ فَسَدَ الْبَيْعُ، فَإِنْ وَقَعَ النَّقْدُ تَطَوُّعًا بَعْدَ الْعَقْدِ جَازَ ذَلِكَ.

(تَنْبِيهٌ) لِكُلٍّ مِنْ الْمَسْأَلَتَيْنِ نَظَائِرُ:

أَمَّا الْأُولَى: فَنَظَائِرُهَا فِي عَدَمِ الْمُوَاضَعَةِ سِتٌّ.

قَالَ اللَّخْمِيُّ: لَا مُوَاضَعَةَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ فِي سِتٍّ: ذَاتِ الزَّوْجِ، وَالْحَامِلِ، وَالْمُعْتَدَّةِ مِنْ طَلَاقٍ، أَوْ وَفَاةٍ، وَالْمُسْتَبْرَأَةِ مِنْ غَصْبٍ، أَوْ زِنًا. اهـ. وَكَذَا الْمَرْدُودَةِ بِعَيْبٍ أَوْ فَسَادٍ أَوْ إِقَالَةٍ[٢].

وَنَظِيرُ الثَّانِيَةِ فِي مَنْعِ اشْتِرَاطِ النَّقْدِ وَجَوَازِهِ تَطَوُّعًا بَعْدَ الْعَقْدِ: الْمَبِيعُ بِخِيَارٍ، وَبَيْعُ الْغَائِبِ، وَالرَّقِيقُ الْمَبِيعُ بِعُهْدَةِ الثَّلَاثِ، وَالْأَرْضُ غَيْرُ الْمَأْمُونَةِ، وَالْجُعْلِ، وَالْإِجَارَةِ لِحِرْزِ الزَّرْعِ، وَالْأَجِيرُ يَتَأَخَّرُ عَمَلُهُ شَهْرًا.

وَفِي الْمُخْتَصَرِ: وَلَا مُوَاضَعَةَ فِي مُتَزَوِّجَةٍ وَحَامِلٍ وَمُعْتَدَّةٍ وَزَانِيَةٍ كَالْمَرْدُودَةِ بِعَيْبٍ، أَوْ فَسَادٍ، أَوْ إِقَالَةٍ إِنْ لَمْ يَغِبْ الْمُشْتَرِي وَفَسَدَ، إِنْ نُقِدَ بِشَرْطٍ لَا تَطَوُّعًا[٣].

وَقَالَ فِيمَا يُمْتَنَعُ فِيهِ اشْتِرَاطُ النَّقْدِ: وَبِشَرْطِ نَقْدٍ -أَيْ فِي الْمَبِيعِ بِخِيَارٍ- كَغَائِبٍ، وَعُهْدَةِ ثَلَاثٍ، وَمُوَاضَعَةٍ، وَأَرْضٍ لَمْ يُؤْمَنْ رَيُّهَا، وَجُعْلٍ، وَإِجَارَةٍ لِحِرْزِ زَرْعٍ، وَأَجِيرٍ تَأَخَّرَ شَهْرًا[٤].

---

(١) التاج والإكليل ٤/ ١٧٣.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ١٧٤.

(٣) مختصر خليل ص ١٣٤.

(٤) مختصر خليل ص ١٥٢.

وَالْبَيْعُ مَعَ بَرَاءَةٍ إِنْ نُصَّتْ عَلَى الْأَصَحِّ بِالرَّقِيقِ اُخْتُصَّتْ
وَالْفَسْخُ إِنْ عَيْبٌ بَدَا مِنْ حُكْمِهِ مَعَ اعْتِرَافٍ أَوْ ثُبُوتِ عِلْمِهِ
وَيَحْلِفُ الْبَائِعُ مَعَ جَهْلِ الْخَفِي بِالْعِلْمِ وَالظَّاهِرُ بِالْبَتِّ حَفِيّ
وَحَيْثُمَا نُكُولُهُ تَبَدَّا بِهِ الْمَبِيعُ لَا الْيَمِينُ رُدَّا
وَبَعْضُهُمْ فِيهَا الْجَوَازَ أَطْلَقَا وَشَرْطُهَا مُكْثٌ بِمِلْكٍ مُطْلَقَا

بَيْعُ الْبَرَاءَةِ هُوَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي الْبَرَاءَةَ مِنَ الْعُيُوبِ الَّتِي لَا عِلْمَ لَهُ بِهَا، فَلاَ يَرْجِعُ لَهُ الْبَائِعُ إِلَّا بِمَا عَلِمَ بِهِ وَكَتَمَهُ.

ابْنُ عَرَفَةَ: الْبَرَاءَةُ تَرْكُ الْقِيَامِ بِعَيْبٍ قَدِيمٍ. اهـ[1].

وَفِيهَا أَقْوَالٌ: أَحَدُهَا: أَنَّ الْبَرَاءَةَ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ وَهْبٍ وَرِوَايَةُ ابْنِ حَبِيبٍ عَنْ مَالِكٍ، وَهُوَ الَّذِي حَكَى النَّاظِمُ هُنَا حَيْثُ قَالَ: وَبَعْضُهُمْ فِيهَا الْجَوَازُ أَطْلَقَا.

الثَّانِي: أَنَّهَا لَا تَجُوزُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي عَبْدُ الْوَهَّابِ.

الثَّالِثُ: أَنَّهَا جَائِزَةٌ فِي الْحَيَوَانِ مُطْلَقًا، وَهُوَ فِي الْمُوَطَّأِ.

الرَّابِعُ: أَنَّهَا تَجُوزُ فِي الرَّقِيقِ خَاصَّةً، وَهُوَ فِي الْمُدَوَّنَةِ، وَإِلَيْهِ رَجَعَ مَالِكٌ، وَعَلَيْهِ جُمْهُورُ أَصْحَابِهِ. نَقَلَهُ ابْنُ سَلْمُونٍ، وَهُوَ الَّذِي اعْتَمَدَ النَّاظِمُ وَعَبَّرَ عَنْهُ بِالْأَصَحِّ، وَمُقَابِلُ الْأَصَحِّ هُوَ قَوْلُهُ: «وَبَعْضُهُمْ فِيهَا الْجَوَازَ أَطْلَقَا». وَأَنَّهَا لَا تَخْتَصُّ بِالرَّقِيقِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: لَا تَنْفَعُ الْبَرَاءَةُ مِمَّا يَعْلَمُ الْبَائِعُ فِي مِيرَاثٍ أَوْ غَيْرِهِ فِي شَيْءٍ مِنَ السِّلَعِ وَالْحَيَوَانِ إِلَّا فِي الرَّقِيقِ وَحْدَهُ. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَهُوَ الَّذِي آخُذُ بِهِ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ. اهـ[2]. وَهَذَا فِي بَيْعِ الْإِنْسَانِ رَقِيقَهُ.

وَأَمَّا بَيْعُ الْقَاضِي وَالْوَصِيِّ وَالْوَارِثِ بِالْبَرَاءَةِ، فَيَأْتِي لِلنَّاظِمِ الْكَلَامُ عَلَيْهِ فِي فَصْلِ مَسَائِلَ مِنْ أَحْكَامِ الْبَيْعِ، وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالرَّقِيقِ، حَيْثُ قَالَ: «وَكُلُّ مَا الْقَاضِي يَبِيعُ مُطْلَقًا...» إِلَخْ.

قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: وَحُكْمُ بَيْعِ الْبَرَاءَةِ أَنَّهُ إِذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ، فَإِنْ

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٣٥٢، ومنح الجليل ٥/ ١٦٦.
(٢) المدونة ٣/ ٣٦٦.

أَقَرَّ الْبَائِعُ أَوْ ثَبتَ أَنَّهُ عَلِمَ بِهِ قَبْلَ الْبَيْعِ رَجَعَ بِهِ وَانْفَسَخَ الْبَيْعُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي.

قَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ: يَحْلِفُ فِي الْعَيْبِ الْخَفِيِّ عَلَى الْعِلْمِ وَفِي الظَّاهِرِ عَلَى الْبَتِّ. اهـ.

وَإِلَى كَلَامِ ابْنِ سَلْمُونٍ هَذَا أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَالْفَسْخُ إِنْ عَيْبٌ بَدَا مِنْ حُكْمِهِ...» الْبَيْتَيْنِ. وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِ النَّاظِمِ: «وَالْفَسْخُ إِنْ عَيْبٌ بَدَا...» إِلَخْ. أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ الْبَائِعُ بِالْعَيْبِ وَلَا ثَبَتَ عِلْمُهُ بِهِ أَنَّ الْبَيْعَ لَا يُفْسَخُ وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِي، وَهُوَ قَوْلُ ابْنُ سَلْمُونٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي، وَحَلِفُهُ إِمَّا عَلَى الْعِلْمِ فِي الْعَيْبِ الْخَفِيِّ، أَوْ عَلَى الْبَتِّ فِي الظَّاهِرِ كَمَا تَقَدَّمَ.

وَأَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَحَيْثُمَا نُكُولُهُ تَبَدَّا...» الْبَيْتَ. إِلَى قَوْلِ الْمُتَيْطِيِّ عَلَى نَقْلِ الشَّارِحِ وَنَحْوِهِ فِي ابْنِ سَلْمُونٍ أَيْضًا.

وَإِنْ نَكَلَ الْبَائِعُ عَنْ الْيَمِينِ فِي بَيْعِ الْبَرَاءَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ، وَلَا تُنْقَلُ الْيَمِينُ فِي الْمُبْتَاعِ عَنْ الْيَمِينِ رُدَّ عَلَيْهِ الْبَيْعُ، وَلَا تُرَدُّ عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ لِأَنَّهَا لِلتُّهْمَةِ فَلَا تَنْقَلِبُ.

وَقَوْلُهُ: «وَبَعْضُهُمْ فِيهَا الْجَوَازَ أَطْلَقَا». الضَّمِيرُ لِلْبَرَاءَةِ، وَمَعْنَى الْإِطْلَاقِ أَنَّهَا تَصِحُّ فِي كُلِّ مَبِيعٍ لَا تَخْتَصُّ بِالرَّقِيقِ، وَتَقَدَّمَ أَنَّ هَذَا مُقَابِلُ الْأَصَحِّ.

فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ وَقَوْلُهُ: «وَشَرْطُهَا مُكْثُهُ بِمِلْكٍ مُطْلَقَا». أَشَارَ بِهِ لِقَوْلِ ابْنِ سَلْمُونٍ: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبَرَاءَةِ إِلَّا فِيمَا طَالَ مُكْثُهُ عِنْدَ الْبَائِعِ وَاخْتَبَرَهُ، وَأَمَّا مَا لَمْ يَطُلْ مُكْثُ، فَإِنَّ مَالِكًا وَأَصْحَابَهُ يَكْرَهُونَ بَيْعَهُ عَلَى الْبَرَاءَةِ، فَمَرَّةً قَالَ: إِذَا وَقَعَ مَضَى. وَمَرَّةً: أَبْطَلَ الْبَرَاءَةَ فِيهِ. اهـ.

وَبَاءَ «بِالْعِلْمِ» لِلِاسْتِعْلَاءِ عَلَى حَدِّ ﴿مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] أَيْ عَلَى قِنْطَارٍ، «وَالظَّاهِرُ» مُبْتَدَأٌ، وَ«خَفِيٌّ» خَبَرُهُ، وَبِهِ يَتَعَلَّقُ «بِالْبَتِّ» وَمَعْنَى «خَفِيٌّ» مُعْتَبَرٌ، وَالْخَفِيُّ وَالظَّاهِرُ وَصْفَانِ لِمَحْذُوفٍ؛ أَيْ الْعَيْبُ الْخَفِيُّ وَالظَّاهِرُ، وَمَعْنَى «مُطْلَقًا» آخِرَ الْبَيْتِ الْأَخِيرِ سَوَاءٌ قُلْنَا: تَخْتَصُّ بِالرَّقِيقِ أَوْ لَا، فَلَا بُدَّ مِنْ طُولِ الْمُكْثِ عِنْدَ الْبَائِعِ؛ إِذْ هُوَ مَظِنَّةُ الِاطِّلَاعِ عَلَى الْعُيُوبِ.

وَالْيَوْمُ وَالْيَوْمَانِ فِي الْمَرْكُوبِ ... وَشِبْهِهِ أُسْتُثْنِيَ لِلرُّكُوبِ

يَعْنِي أَنَّهُ يَجُوزُ لِمَنْ بَاعَ دَابَّةً أَنْ يَسْتَثْنِيَ رُكُوبَهَا الْيَوْمَ وَالْيَوْمَيْنِ.

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: قَالَ مَالِكٌ: مَنْ بَاعَ دَابَّةً وَاسْتَثْنَى رُكُوبَهَا يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ، أَوْ سَافَرَ عَلَيْهَا الْيَوْمَ، أَوْ إِلَى الْمَكَانِ الْقَرِيبِ جَازَ ذَلِكَ[1].

وَلَا يَنْبَغِي فِيمَا بَعْدُ، وَضَمَانُهَا مِنَ الْمُبْتَاعِ فِيمَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَمِنَ الْبَائِعِ فِيمَا لَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ.

اللَّخْمِيُّ: مَنْ بَاعَ رَاحِلَةً وَاسْتَثْنَى رُكُوبَهَا يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ وَهِيَ فِي الْحَضَرِ أَوْ فِي السَّفَرِ جَازَ، وَيُكْرَهُ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ، وَيُمْنَعُ مَا كَثُرَ كَالْجُمُعَةِ. مِنَ الْمَوَّاقِ[2] عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ: وَبَيْعُهَا وَاسْتِثْنَاءُ رُكُوبِهَا الثَّلَاثَ لَا جُمُعَةً وَكُرِهَ الْمُتَوَسِّطُ[3].

وَلَمْ يَجُزْ فِي الْحَيَوَانِ كُلِّهِ ... شِرَاؤُهُ عَلَى اشْتِرَاطِ حَمْلِهِ

يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ شِرَاءُ الْحَيَوَانِ كُلِّهِ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهِ، وَمِنَ الْأَنْعَامِ وَغَيْرِهَا عَلَى شَرْطِ كَوْنِهِ حَامِلاً.

قَالَ الشَّارِحُ: فَفِي الْمُقَرَّبِ: قَالَ مَالِكٌ: وَمَنِ اشْتَرَى شَاةً عَلَى أَنَّهَا حَامِلٌ، فَلَا خَيْرَ فِي هَذَا الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ أَخَذَ لِجَنِينِهَا ثَمَنًا حِينَ بَاعَهَا بِشَرْطِ أَنَّهَا حَامِلٌ[4].

قَالَ: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ شَاةٍ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَيَوَانِ فِي هَذَا الْمَعْنَى، إِلَّا فِي الْجَارِيَةِ الرَّائِعَةِ الَّتِي يَكُونُ الْحَمْلُ فِيهَا عَيْبًا يَتَبَرَّأُ الْبَائِعُ مِنْهُ، وَلِذَلِكَ أَتَى الشَّيْخُ بِلَفْظِ الْحَيَوَانِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْعُمُومِ، وَسَاقَ الشَّاةَ فِي الْكِتَابِ عَلَى سَبِيلِ التَّمْثِيلِ، وَلَمْ يَحْتَجِ النَّاظِمُ إِلَى اسْتِثْنَاءِ جَوَازِ اشْتِرَاطِ الْحَمْلِ فِي الرَّائِعَةِ؛ لِأَنَّ كَلَامَ النَّاظِمِ فِي اشْتِرَاطِ الْمُشْتَرِي مَا يَصْلُحُ بِهِ وَيَرْغَبُ فِيهِ، وَيَزِيدُ فِي الثَّمَنِ مِنْ أَجْلِهِ، فَيُمْنَعُ لِأَجْلِ الْغَرَرِ، وَاشْتِرَاطُ الْحَمْلِ فِي الرَّائِعَةِ إِنَّمَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ التَّبَرِّي مِنَ الْعَيْبِ لَا الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ.

قَالَ ابْنُ رُشْدٍ: لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الْحَامِلِ بِشَرْطِ الْحَمْلِ وَإِنْ كَانَ حَمْلاً ظَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ؛ إِذْ قَدْ يَنْفَشُّ الْحَمْلُ بَعْدَ ظُهُورِهِ، فَيَكُونُ بِالشَّرْطِ قَدْ أَخَذَ لِلْجَنِينِ ثَمَنًا. ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْحَيَوَانِ الَّذِي يَزِيدُهُ الْحَمْلُ، وَأَمَّا فِي الْجَوَارِي الْمُرْتَفِعَاتِ الَّتِي يُنْقِصُهُنَّ الْحَمْلُ، فَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهَا عَلَى أَنَّهَا حَامِلٌ إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةَ الْحَمْلِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَبَرٍّ مِنْ عَيْبِ حَمْلِهَا كَالتَّبَرِّي

---

(١) المدونة ٣/٤٧٣.

(٢) التاج والإكليل ٥/٤٣٦.

(٣) مختصر خليل ص ٢٠٧.

(٤) المدونة ٣/٢٠٥.

مِنْ سَائِرِ عُيُوبِهَا[١].

وَذَاتُ حَمْلٍ قَدْ تَدَانَى وَضْعُهَا	لَمْ يَمْتَنِعْ عَلَى الْأَصَحِّ بَيْعُهَا
كَذَا المَرِيضُ فِي سِوَى السِّيَاقِ	يَصِحُّ بَيْعُهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ
وَالْعَبْدُ فِي الْإِبَاقِ مَعَ عِلْمِ مَحَلْ	قَرَارِهِ مِمَّا ابْتِيَاعٌ فِيهِ حَلْ
وَالْبَائِعُ الضَّامِنُ حَتَّى يَقْبِضَا	وَإِنْ تَقَعْ إِقَالَةٌ لَا تُرْتَضَى

لَمَّا تَضَمَّنَ الْبَيْتُ قَبْلَ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا فِيهِ غَرَرٌ كَالْحَمْلِ، وَكَانَ بَعْضُ المَبِيعَاتِ يُتَوَهَّمُ فِيهَا الْغَرَرُ، رُفِعَ ذَلِكَ الْوَهْمُ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهَا.

وَذَلِكَ الْحَامِلُ الَّتِي قَرُبَ وَضْعُهَا، وَالمَرِيضُ مَرَضًا مَخُوفًا إِنْ لَمْ يَبْلُغْ حَدَّ السِّيَاقِ، وَالْعَبْدُ الْآبِقُ إِذَا عُلِمَ مَحَلُّهُ، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تُبَاعَ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ، وَإِنْ كَانَ فِي بَيْعِهَا غَرَرٌ لِاحْتِمَالِ المَوْتِ مِنَ النِّفَاسِ وَالمَرَضِ، وَعَدَمِ وُجُودِ الْآبِقِ أَوْ وُجُودُهُ قَدْ تَغَيَّرَ عَنْ حَالِهِ.

أَمَّا جَوَازُ بَيْعِ المَرِيضِ فِي غَيْرِ السِّيَاقِ وَالْحَامِلِ المُقْرِبِ، فَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَلَا يُبَاعُ مَنْ فِي السِّيَاقِ وَيَجُوزُ بَيْعُ المَرِيضِ المَخُوفِ عَلَيْهِ وَالْحَامِلِ المُقْرِبِ عَلَى الْأَصَحِّ[٢].

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: فِي شَرْحِ قَوْلِهِ: وَلَا يُبَاعُ مَنْ فِي السِّيَاقِ. مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ خَاصٌّ بِالرَّقِيقِ، وَمَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَكْلِ المَالِ بِالْبَاطِلِ، وَأَمَّا مَأْكُولُ اللَّحْمِ فَيُبَاعُ لِيُذَكَّى، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ لِحُصُولِ المَنْفَعَةِ بِهِ.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: ابْنُ عَرَفَةَ: ظَاهِرُ إِطْلَاقَاتِهِمْ وَنَصُّ ابْنِ مُحْرِزٍ مَنْعُ بَيْعِ مَنْ فِي السِّيَاقِ وَلَوْ كَانَ مَأْكُولَ اللَّحْمِ لِلْغَرَرِ فِي حُصُولِ الْغَرَضِ مِنْ حَيَاتِهِ أَوْ صَيْرُورَتِهِ لَحْمًا، وَفِي حُصُولِ ذَكَاتِهِ لِاحْتِمَالِ عَدَمِ حَرَكَتِهِ بَعْدَ ذَبْحِهِ. اهـ[٣].

وَهُوَ ظَاهِرٌ وَقَوْلُ ابْنِ الْحَاجِبِ: وَيَجُوزُ بَيْعُ المَرِيضِ وَالْحَامِلِ[٤]. المَصْدَرُ مُضَافٌ لِلْمَفْعُولِ؛ أَيْ يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ المَرِيضُ، وَأَنْ تُبَاعَ الْحَامِلُ، فَالمَرِيضُ وَالْحَامِلُ مَبِيعًا لَا بَائِعًا؛ لِأَنَّ وُقُوعَ الْبَيْعِ وَنَحْوَهُ مِنْهُمَا جَائِزٌ مَاضٍ، وَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِمَا إِلَّا فِي التَّبَرُّعَاتِ كَالْهِبَةِ

(١) البيان والتحصيل ٧/٣٠٩.
(٢) جامع الأمهات ص ٣٣٨.
(٣) التاج والإكليل ٤/٢٦٣، ومواهب الجليل ٦/٦٦.
(٤) جامع الأمهات ص ٣٣٨.

وَالصَّدَقَةِ، وَمَعْنَى الْإِطْلَاقِ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ المَرِيضِ فِي غَيْرِ السِّيَاقِ، كَانَ مَأْكُولَ اللَّحْمِ كَالْأَنْعَامِ، أَوْ غَيْرَ مَأْكُولِهِ كَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ.

وَيُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ مَنْ بَلَغَ حَدَّ السِّيَاقِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَانَ مَأْكُولَ اللَّحْمِ أَوْ لَا، وَهُوَ كَذَلِكَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ عَنِ ابْنِ عَرَفَةَ، وَعَلَيْهِ فَإِطْلَاقُ النَّاظِمِ مَنْعَ بَيْعِ مَنْ فِي السِّيَاقِ صَحِيحٌ.

وَأَمَّا جَوَازُ بَيْعِ الْآبِقِ إِذَا عُلِمَ مَحَلُّهُ، فَقَالَ الْمُتَيْطِيِّ: وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَبْدِ الْآبِقِ إِذَا عَلِمَ الْمُبْتَاعُ مَوْضِعَهُ وَصِفَتَهُ، فَإِنْ وُجِدَ هَذَا الْآبِقُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي عَلَيْهَا قَبَضَهُ وَصَحَّ الْبَيْعُ فِيهِ، وَإِنْ وَجَدَهُ قَدْ تَغَيَّرَ أَوْ تَلِفَ كَانَ مِنَ الْبَائِعِ، وَيَسْتَرْجِعُ الْمُبْتَاعُ الثَّمَنَ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: إِنَّمَا يَجُوزُ ابْتِيَاعُ الْآبِقِ إِذَا كَانَ فِي وَثَاقٍ.

وَقَوْلُهُ: «وَالْبَائِعُ الضَّامِنُ حَتَّى يُقْبِضَا». مِنْ تَمَامِ مَسْأَلَةِ بَيْعِ الْآبِقِ، وَتَقَدَّمَ قَوْلُ الْمُتَيْطِيِّ: وَإِنْ وَجَدَهُ قَدْ تَغَيَّرَ أَوْ تَلِفَ كَانَ أَيْ ضَمَانُهُ مِنَ الْبَائِعِ.

وَفِي الْمُدَوَّنَةِ: بَيْعُ الْآبِقِ وَلَوْ قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ مَمْنُوعٌ، وَكَذَا الشَّارِدُ وَمَا نَدَّ أَوْ ضَلَّ. اهـ[1].

وَظَاهِرُهَا مَنْعُ بَيْعِ الْآبِقِ مُطْلَقًا.

وَقَوْلُهُ: «وَإِنْ تَقَع إِقَالَةٌ لَا تُرْتَضَى». هُوَ مِنْ تَمَامِ مَسْأَلَةِ بَيْعِ الْآبِقِ، يَعْنِي إِذَا فَرَّعْنَا عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الْآبِقِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَقَايَلَ فِيهِ الْمُتَبَايِعَانِ، وَالمَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ آبِقًا كَانَ أَوْ غَيْرَ آبِقٍ.

قَالَ فِي الْوَثَائِقِ المَجْمُوعَةِ: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عُمَرَ: لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ وَلَا ابْنُ الْقَاسِمِ أَنَّ الْإِقَالَةَ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ غَيْرُ جَائِزَةٍ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَجْهِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ. اهـ.

وَفِي ابْنِ سَلْمُونٍ: فِي الْكَلَامِ عَلَى بَيْعِ الْغَائِبِ: وَلَا تَجُوزُ الْإِقَالَةُ فِيهِ عِنْدَ مَالِكٍ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ ثَبَتَ عَلَيْهِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ فِيهِ شَيْئًا غَائِبًا لَا يَتَنَجَّزُ قَبْضُهُ وَيَدْخُلُهُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْ غَيْرِهِ إِذَا لَمْ يُنْتَقَدْ.

وَامْتَنَعَ التَّفْرِيقُ لِلصِّغَارِ ... مِنْ أُمِّهِمْ إِلَّا مَعَ الْإِثْغَارِ

وَالْخُلْفُ إِنْ يَكُنْ مِنَ الْأُمِّ رِضَا ... ثُمَّ بِالْإِجْبَارِ عَلَى الْجَمْعِ الْقَضَا

يَعْنِي أَنَّ مَنْ مَلَكَ أَمَةً وَوَلَدَهَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا بِالْبَيْعِ بِأَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا

---

(١) المدونة ٣/ ١٩٤.

وَيَحْبِسَ الْآخَرَ، أَوْ يَبِيعَ الْأَمَةَ لِرَجُلٍ وَالْوَلَدَ لِرَجُلٍ آخَرَ مَادَامَ الْوَلَدُ صَغِيرًا لَمْ يُثْغِرْ، فَإِنْ أَثْغَرَ جَازَتِ التَّفْرِقَةُ، وَالْإِثْغَارُ: نَبَاتُ رَوَاضِعِ الصَّبِيِّ بَعْدَ سُقُوطِهَا، وَهَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَبِهَا الْقَضَاءُ، وَقِيلَ: الْحَدُّ فِي ذَلِكَ الْبُلُوغُ فِي الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى.

قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ بَلَغَ. وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ، وَأَشَارَ بِالْبَيْتِ الثَّانِي أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ وَنَزَلَ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فِي مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ، وَيُقْضَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فُسِخَ الْبَيْعُ، وَأَنَّهُ إِنْ رَضِيَتِ الْأُمُّ بِالتَّفْرِقَةِ فَقَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْحَقَّ لَهَا وَلِلَّهِ تَعَالَى، وَيَنْبَنِي عَلَى هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ أَيْضًا أَنَّا إِذَا قُلْنَا: الْحَقُّ لِلْأَدَمِيِّ إِذَا فُرِّقَا يُجْبَرَانِ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ قُلْنَا: الْحَقُّ للهِ فَلَا بُدَّ مِنْ فَسْخِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى أَحَدِهِمَا فَاسِدٌ كَالْخَمْرِ، هَذَا خَاصٌّ بِالْآدَمِيِّ دُونَ سَائِرِ الْحَيَوَانِ.

ابْنُ نَاجِي: وَالتَّفْرِقَةُ جَائِزَةٌ بَيْنَ الْحَيَوَانِ الْبَهِيمِيِّ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَرَوَى عِيسَى عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهَا لَا تَجُوزُ، وَأَنَّ حَدَّ عَدَمِ التَّفْرِقَةِ أَنْ يَسْتَغْنِيَ عَنْ آبَائِهِ بِالرَّعْيِ، نَقَلَهُ التَّادَلِيُّ. اهـ.

وَالْأَصْلُ فِيمَا ذَكَرَهُ مَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ». فِي الْإِشْرَافِ أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِهَذَا الْخَبَرِ إِذَا كَانَ الْوَلَدُ طِفْلًا لَمْ يَبْلُغْ سَبْعَ سِنِينَ.

ابْنُ يُونُسَ: وَالْأَصْوَبُ أَنَّهُ حَقٌّ لِلْوَلَدِ لَوْ رَضِيَتِ الْأُمُّ بِالتَّفْرِقَةِ لَمْ تَجُزْ. وَقَالَهُ مَالِكٌ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ الْأُمُّ مُسْلِمَةً أَوْ كَافِرَةً.

قَالَ مَالِكٌ: وَحَدُّ ذَلِكَ الْإِثْغَارِ مَا لَمْ يُعَجَّلْ بِهِ جِوَارِي كُنَّ أَوْ غِلْمَانًا[1].

قَالَ مَالِكٌ: وَيُفَرَّقُ بَيْنَ الْوَلَدِ وَالصَّغِيرِ، وَبَيْنَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَجَدَّتِهِ لِأُمِّهِ وَلِأَبِيهِ، وَفِي الْبَيْعِ مَتَى شَاءَ سَيِّدُهُ، وَإِنَّمَا لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا فِي الْأُمِّ خَاصَّةً. اهـ مِنَ الْمَوَّاقِ[2].

وَنَقَلَ الْحَطَّابُ قَالَ: قَالَ اللَّخْمِيُّ: وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ عَنْ بَعْضِ الْمَدَنِيِّينَ مَنْعَ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الْأَبِ وَوَلَدِهِ، وَهُوَ أَحْسَنُ قِيَاسًا عَلَى الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَتِ الْأُمُّ أَعْظَمَ مَوْجِدَةً. اهـ[3].

وَالْحَمْلُ عَيْبٌ قِيلَ بِالْإِطْلَاقْ ... وَقِيلَ فِي عِلْيَةِ ذِي اسْتِرْقَاقْ

---

(١) المدونة ٣/ ٣٠١.

(٢) التاج والإكليل ٤/ ٣٧٠.

(٣) مواهب الجليل ٦/ ٢٣٧.

وَالافْتِضَاضُ فِي سِوَى الْوَخْشِ الدَّنِيّ عَيْبٌ لَهَا مُؤَثِّرٌ فِي الثَّمَنِ
وَالْحَمْلُ لَا يَثْبُتُ فِي أَقَلَّ مِنْ ثَلاَثَةٍ مِنَ الشُّهُورِ فَاسْتَبِنْ
وَلَا تَحَرُّكَ لَهُ يَثْبُتُ فِي مَا دُونَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ فَاعْرَفْ

يَعْنِي أَنَّ مِنْ جُمْلَةِ عُيُوبِ الرَّقِيقِ الْحَمْلَ، فَقِيلَ: إِنَّهُ عَيْبٌ فِيهِ مُطْلَقًا، وَخْشًا كَانَتْ أَوْ عِلْيَةً، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ، وَقِيلَ: إِنَّمَا هُوَ عَيْبٌ فِي الْعِلْيَةِ دُونَ الْوَخْشِ.

وَقَوْلُ ابْنِ كِنَانَةَ: وَالْعِلْيَةُ -بِكَسْرِ الْعَيْنِ وَسُكُونِ اللاَّمِ وَفَتْحِ الْيَاءِ- الْجَارِيَةُ الْحَسَنَةُ الَّتِي تُرَادُ لِلْفِرَاشِ غَالِبًا، وَالْوَخْشُ الْقَبِيحَةُ الَّتِي تُرَادُ لِلْخِدْمَةِ، وَمِنْ جُمْلَةِ عُيُوبِ الرَّقِيقِ أَيْضًا الافْتِضَاضُ، لَكِنْ فِي الْعِلْيَةِ فَهُوَ فِيهَا عَيْبٌ مُؤَثِّرٌ فِي نَقْصِ ثَمَنِهَا دُونَ الْوَخْشِ، فَلَيْسَ هُوَ عَيْبًا فِيهَا.

أَمَّا كَوْنُ الْحَمْلِ عَيْبًا فِي الرَّقِيقِ، فَقَالَ فِي الْمُقَرَّبِ: قَالَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ الْحَمْلُ فِي الرَّقِيقِ عَيْبٌ فِي وَخْشٍ وَغَيْرِهِ.

وَقَدْ خَالَفَ ابْنُ كِنَانَةَ فِي وَخْشِ الرَّقِيقِ فَقَالَ: إِنَّ الْحَمْلَ لَيْسَ عَيْبًا فِيهِنَّ، فَسَأَلْنَا مَالِكًا عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: هُوَ عَيْبٌ.

وَأَمَّا كَوْنُ الافْتِضَاضِ عَيْبًا فِي الْعِلْيَةِ دُونَ الْوَخْشِ فَفِي الْمُقَرَّبِ أَيْضًا.

وَسُئِلَ سَحْنُونٌ عَمَّنْ اشْتَرَى صَبِيَّةً مِثْلُهَا لَا يُوطَأُ فَوَجَدَهَا مُفْتَضَّةً فَقَالَ: إِنْ كَانَتْ مِنْ وَخْشِ الرَّقِيقِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ عِلْيَةِ الرَّقِيقِ فَذَلِكَ عَيْبٌ يَرُدُّهَا بِهِ.اهـ.

وَفِي أَحْكَامِ ابْنِ سَهْلٍ مَا ظَاهِرُهُ: أَنَّ الافْتِضَاضَ فِي الْعِلْيَةِ عَيْبٌ كَانَتْ مِمَّنْ يُوطَأُ مِثْلُهَا أَوْ لَا. وَهُوَ ظَاهِرُ إِطْلَاقِ النَّاظِمِ هَذَا الْحَاصِلُ مَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ الْبَيْتَانِ الْأَوَّلَانِ.

ثُمَّ ذَكَرَ فِي الْبَيْتَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ مَا حَاصِلُهُ أَنَّ الْحَمْلَ لَا يَثْبُتُ فِي أَقَلَّ مِنْ ثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ وَلَا يَتَحَرَّكُ فِي أَقَلَّ مِنْ مِقْدَارِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةُ أَيَّامٍ، وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ رَدُّهَا بِعَيْبِ الْحَمْلِ إِذَا تَنَازَعَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي كَوْنِهِ حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ كَانَ بِهَا قَبْلَ الْبَيْعِ.

قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: لَا شَكَّ أَنَّ الْحَمْلَ عَيْبٌ وَيُثْبَتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ، وَلَا يَتَبَيَّنُ فِي أَقَلَّ مِنْ ثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ، وَلَا يَتَحَرَّكُ تَحَرُّكًا بَيِّنًا يَصِحُّ الْقَطْعُ عَلَى تَحْرِيكِهِ فِي أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، فَإِذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ أَنَّ بِهَا حَمْلاً بَيِّنًا لَا تَشُكَّانِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ تَحْرِيكٍ، رُدَّتْ الْأَمَةُ

فِيمَا دُونَ ثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ، وَلَا تُرَدُّ فِيمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ حَادِثًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي، وَإِذَا شَهِدْنَ أَنَّ بِهَا حَمْلاً يَتَحَرَّكُ رُدَّتْ فِيمَا دُونَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَلَمْ تُرَدَّ فِيمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ حَادِثًا، فَإِنْ رُدَّتْ ثُمَّ وُجِدَ ذَلِكَ الْحَمْلُ بَاطِلاً لَمْ تُرَدَّ إِلَى الْمُشْتَرِي إِذْ لَعَلَّهَا أَسْقَطَتْهُ.اهـ. مِنْ الْحَطَّابِ[1]. عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْعُيُوبِ: وَرَفْعِ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاءٍ[2]. وَنَقَلَهُ الشَّارِحُ عَنْ ابْنِ رُشْدٍ.

قُلْتُ: فَلَوْ زَادَ النَّاظِمُ هُنَا فَقَالَ مَثَلاً:

فَإِنْ يَبِنْ حَمْلٌ قُبَيْلَ أَشْهُرِ ... ثَلاَثَةٍ مِنْ دُونِ تَحْرِيكٍ حَرِيّ

رُدَّتْ بِهِ كَذَا إِذَا تَحَرَّكَا ... مِنْ قَبْلِ أَرْبَعٍ وَعَشْرٍ فَاسْلُكَا

فَإِنْ بِهِ رُدَّتْ وَبَعْدُ يَنْتَفِي ... لَا رَدَّ لِاحْتِمَالِ سَقْطٍ قَدْ خَفِيَ

لَكَانَ قَدْ صَرَّحَ بِنَتِيجَةِ مَعْرِفَةِ زَمَنٍ يُثْبُتُ فِيهِ الْحَمْلُ، أَوْ يَتَحَرَّكُ اللَّذَيْنِ فِي كَلاَمِ النَّاظِمِ.

(فَائِدَةٌ) قَالَ الْقَاضِي أَبُو عَبْدِ اللهِ الْمُقْرِي فِي آخِرِ النِّكَاحِ مِنْ قَوَاعِدِهِ: الْوَلَدُ يَتَحَرَّكُ لِمِثْلِ مَا يَتَخَلَّقُ لَهُ، وَيُوضَعُ لِمِثْلِ مَا يَتَحَرَّكُ فِيهِ، وَهُوَ يَتَخَلَّقُ فِي الْعَادَةِ تَارَةً لِشَهْرٍ فَيَتَحَرَّكُ لِشَهْرَيْنِ وَيُوضَعُ لِسِتَّةٍ، وَتَارَةً لِشَهْرٍ وَخَمْسَةِ أَيَّامٍ فَيَتَحَرَّكُ لِشَهْرَيْنِ وَثُلُثٍ وَيُوضَعُ لِسَبْعَةٍ، وَتَارَةً لِشَهْرٍ وَنِصْفٍ فَيَتَحَرَّكُ لِثَلاَثَةٍ وَيُوضَعُ لِتِسْعَةٍ[3]، فَلِذَلِكَ لَا يَعِيشُ ابْنُ ثَمَانِيَةٍ، وَلَا يَنْقُصُ الْحَمْلُ عَنْ سِتَّةٍ. اهـ.

وَهَذَا الْأَخِيرُ هُوَ الْغَالِبُ، وَمَعَ ذَلِكَ فَالْأَحْكَامُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَقَلِّ الْحَمْلِ وَهُوَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، فَهُوَ مِمَّا قُدِّمَ فِيهِ النَّادِرُ عَلَى الْغَالِبِ وَلَهُ نَظَائِرُ.

وَيُثْبِتُ الْعُيُوبَ أَهْلُ الْمَعْرِفَهْ ... بِهَا وَلَا يُنْظَرُ فِيهِمْ لِصِفَهْ

يَعْنِي أَنَّ الْعُيُوبَ الَّتِي تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا وَمَا يَنْبَنِي عَلَيْهَا إِنَّمَا تَثْبُتُ بِأَهْلِ الْمَعْرِفَةِ بِهَا وَالْبَصَرِ بِحَقَائِقِهَا، فَإِذَا كَانُوا عَارِفِينَ بِهَا فَلاَ يُنْظَرُ فِيهِمْ لِصِفَةٍ غَيْرِ الْمَعْرِفَةِ، فَإِنَّهَا فِيهِمْ

(١) مواهب الجليل ٦/ ٢٣٥ - ٢٣٦.
(٢) مختصر خليل ص ١٥٤.
(٣) الذخيرة ٤/ ٣٠٠.

شَرْطُ وُجُوبٍ، وَأَمَّا الْعَدَالَةُ وَغَيْرُهَا فَإِنَّهَا فِيهِمْ شَرْطُ كَمَالٍ إِنْ وُجِدَتْ فِيهَا وَنِعْمَتُ، وَإِنْ لَمْ تُوجَدْ فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ حَتَّى الْإِسْلَامُ.

قَالَ فِي الْمُتَيْطِيَّةِ: وَيَشْهَدُ بِالْعُيُوبِ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا عُدُولًا كَانُوا أَوْ غَيْرَهُمْ، وَيُقْبَلُ فِي ذَلِكَ أَهْلُ الْكِتَابِ إِذَا لَمْ يُوجَدْ سِوَاهُمْ، وَالْوَاحِدُ مِنْهُمْ أَوْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ كَافٍ، وَالِاثْنَانِ أَوْلَى، وَطَرِيقُ ذَلِكَ الْعِلْمُ لَا الشَّهَادَةُ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ الْمَعْمُولِ بِهِ. اهـ.

وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ قَوْلُهُ:

وَوَاحِدٌ يُجْزِئُ فِي بَابِ الْخَبَرْ ... وَاثْنَانِ أَوْلَى عِنْدَ كُلِّ ذِي نَظَرْ

وَيَأْتِي لَهُ فِي فَصْلِ الْعُيُوبِ:

ثُمَّ الْعُيُوبُ كُلُّهَا لَا تُعْتَبَرْ ... إِلَّا بِقَوْلِ مَنْ لَهُ بِهَا بَصَرْ

فصل

وَاتَّفَقُوا أَنَّ كِلاَبَ المَاشِيَةِ ... يَجُوزُ بَيْعُهَا كَكَلْبِ الْبَادِيَةِ

وَعِنْدَهُمْ قَوْلاَنِ فِي ابْتِيَاعِ ... كِلاَبِ الاِصْطِيَادِ وَالسِّبَاعِ

يَعْنِي اتَّفَقَ أَهْلُ المَذْهَبِ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْكِلاَبِ المُتَّخَذَةِ لِحِفْظِ المَوَاشِي مِمَّا يَعْدُو عَلَيْهَا مِنْ الْحَيَوَانِ المُفْتَرِسِ، وَبَيْعُ الْكِلاَبِ المُتَّخَذَةِ فِي الْبَادِيَةِ، وَاخْتُلِفَ فِي بَيْعِ كِلاَبِ الصَّيْدِ، وَفِي بَيْعِ السِّبَاعِ كَالْفُهُودِ وَنَحْوِهَا، فَفِي النَّوَادِرِ: وَلَا بَأْسَ بِاشْتِرَاءِ كِلاَبِ الصَّيْدِ، وَلَا يُعْجِبُنِي بَيْعُهَا.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: نَعَمْ يَجُوزُ بَيْعُهَا بِثَمَنِهَا، وَهِيَ مِثْلُ كِلاَبِ الْحَرْثِ وَالمَاشِيَةِ وَالصَّيْدِ(١).

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَفِي كَلْبِ الصَّيْدِ وَالسِّبَاعِ قَوْلَانِ(٢).

التَّوْضِيحُ: أَيْ وَفِي مَنْعِ بَيْعِ الْكَلْبِ وَجَوَازِهِ قَوْلَانِ، وَالمَشْهُورُ المَنْعُ.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: وَهُوَ المَعْلُومُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرِوَايَتِهِ عَنْ مَالِكٍ(٣).

وَالْجَوَازُ لِابْنِ كِنَانَةَ وَابْنِ نَافِعٍ وَسَحْنُونٍ وَشَهَّرَهُ بَعْضُهُمْ، وَعَنْ مَالِكٍ ثَالِثٌ بِالْكَرَاهَةِ، وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ رَابِعٌ بِجَوَازِ اشْتِرَاطِهِ، وَمَنْعِ بَيْعِهِ حَكَاهُ ابْنُ زَرْقُونَ(٤).

ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا الْخِلاَفُ إِنَّمَا هُوَ فِي مُبَاحِ الاِتِّخَاذِ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَلاَ خِلاَفَ فِي مَنْعِ بَيْعِهِ، وَأَنَّ ثَمَنَهُ لَا يَحِلُّ. نَقَلَ ذَلِكَ فِي الْبَيَانِ(٥).

وَقَوْلُهُ: «وَالسِّبَاعُ». قَالَ بَعْضُ مَنْ تَكَلَّمَ عَلَى هَذَا المَوْضِعِ: أَيْ وَفِي الْكَلْبِ الَّذِي يَحْرُسُ المَاشِيَةَ مِنْ السِّبَاعِ، وَفِي مَعْنَاهُ كَلْبُ الزَّرْعِ، فَإِنَّ اتِّخَاذَ الْكَلْبِ جَائِزٌ.

وَاخْتُلِفَ فِي بَيْعِهِ كَمَا ذَكَرَ المُصَنِّفُ، نَقَلَهُ الْبَاجِيُّ وَغَيْرُهُ، وَذَكَرَ المَازِرِيُّ خِلاَفًا فِي الْكَلْبِ الَّذِي يُتَّخَذُ لِحِرَاسَةِ الدُّورِ وَالْقَيَاسِرِ وَالْفَنَادِقِ.

---

(١) البيان والتحصيل ٨/ ٨٢.

(٢) جامع الأمهات ص ٣٣٨.

(٣) البيان والتحصيل ٨/ ٨٢.

(٤) البيان والتحصيل ٨/ ٨٣.

(٥) البيان والتحصيل ٨/ ٨٤.

وَلِلْمَنْعِ ذَهَبَ ابْنُ الْقَصَّارِ، وَأَجَازَ فِيهِ شَيْخُنَا رَحِمَهُ اللهُ وَجْهًا آخَرَ، وَهُوَ أَنْ يُرِيدَ بِالسِّبَاعِ الَّتِي فِي مَعْنَى الْكَلْبِ كَالْفَهْدِ وَنَحْوِهِ، وَهُوَ الَّذِي اقْتَصَرَ عَلَيْهِ ابْنُ رُشْدٍ. اهـ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَقَعَ فِي الْبَيْتِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذَيْنِ الْبَيْتَيْنِ لَفْظُ الِاتِّفَاقِ، وَلَا يَخْلُو مِنْ نَقْدٍ. أُنْظُرْ بَقِيَّةَ كَلَامِهِ، ثُمَّ قَالَ: لَفْظُ ابْنِ الْحَاجِبِ هُوَ الَّذِي نَظَمَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللهُ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي:

وَبَيْـعُ مَـا كَالشَّاةِ بِاسْتِثْنَاءِ ... ثُلُثِـهِ فِيـهِ الْجَـوَازُ جَـائِي

أَوْ قَـدْرِ رِطْلَـيْنِ مَعًـا مِـنْ شَـاةِ ... وَيُجْـبَرُ الْآبِي عَلَى الـذَّكَاةِ

وَلَـيْسَ يُعْطِـي فِيـهِ لِلتَّصْحِيحِ ... مِـنْ غَـيْرِهِ لَحْمًا عَلَى الصَّحِيحِ

وَالْخُلْفُ فِي الْجِلْدِ وَفِي الرَّأْسِ صَدَرْ ... مَشْهُورُهَا الْجَوَازُ فِي حَالِ السَّفَرْ

وَفِي الضَّمَانِ إِنْ تَفَانَى أَوْ سُلِبْ ... ثَالِثُهَا فِي الْجِلْدِ وَالرَّأْسِ يَجِبْ

اشْتَمَلَتْ الْأَبْيَاتُ عَلَى مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ بَيْعُ الشَّاةِ وَاسْتِثْنَاءُ بَعْضِهَا، وَلَا يَعْنِي خُصُوصَ الشَّاةِ بَلْ وَالْبَعِيرَ وَالْبَقَرَةَ وَنَحْوَهَا؛ وَلِذَلِكَ أَدْخَلَ الْكَافَ عَلَى الشَّاةِ.

ثُمَّ إِنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَسْتَثْنِيَ جُزْءًا شَائِعًا قَلَّ أَوْ كَثُرَ كَالرُّبُعِ أَوْ الثُّلُثِ أَوْ النِّصْفِ أَوْ الثُّلُثَيْنِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْأَجْزَاءِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ عَنْ الْمَازِرِيِّ: وَلَا خِلَافَ فِيهِ. وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِالْبَيْتِ الْأَوَّلِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ يَسْتَثْنِيَ أَرْطَالًا مِنْ لَحْمِهَا وَذَلِكَ جَائِزٌ أَيْضًا، لَكِنْ فِيمَا قَلَّ كَالرِّطْلَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ وَالْأَرْبَعَةِ.

ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَجُوزُ بَيْعُ الشَّاةِ وَاسْتِثْنَاءُ ثَلَاثَةِ أَرْطَالٍ فَأَدْنَى، وَإِلَيْهِ رَجَعَ بَعْدَ مَنْعِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَسِتَّةٌ أَشْهَبُ وَقَدْرِ الثُّلُثِ. اهـ[1].

وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «أَوْ قَدْرِ رِطْلَيْنِ مَعًا مِنْ شَاةٍ». وَهُوَ بِالْخَفْضِ

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٩.

عَطْفًا عَلَى لَفْظِ ثُلُثِهِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْوَجْهِ فَرْعَانِ:

الْفَرْعُ الْأَوَّلُ: إِذَا أَرَادَ الْبَائِعُ الذَّبْحَ لِيَتَوَصَّلَ لِمَا اُسْتُثْنِيَ وَامْتَنَعَ الْمُشْتَرِي؛ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ عَنِ الْمَازِرِيِّ: هُوَ الْمَعْرُوفُ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ دَخَلَ عَلَى أَنْ يَدْفَعَ لِلْبَائِعِ لَحْمًا، وَلَا يُتَوَصَّلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِالذَّبْحِ، وَحَكَى بَعْضُهُمُ الاتِّفَاقَ عَلَيْهِ. اهـ.

وَإِلَى هَذَا الْفَرْعِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَيُجْبَرُ الْآبِي عَلَى الذَّكَاةِ». إِلَّا أَنَّ لَفْظَهُ يَشْمَلُ امْتِنَاعَ الْبَائِعِ مِنَ الذَّبْحِ؛ إِذْ قَدْ يَبْدُو لَهُ وَلَا يُرِيدُ الذَّبْحَ، فَظَاهِرُ النَّاظِمِ أَنَّهُ يُجْبَرُ أَيْضًا.

الْفَرْعُ الثَّانِي: إِذَا اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ عَلَى أَنْ يُعْطِيَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ لَحْمًا مِنْ غَيْرِهَا عِوَضًا عَنِ الْأَرْطَالِ الْمُسْتَثْنَاةِ وَالْمَشْهُورُ مَنْعُهُ.

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: الْأَصَحُّ مَنْعُهُ، وَهُوَ مَذْهَبُ أَشْهَبَ، لِمَا ذَكَرَهُ ابْنُ الْمَوَّازِ أَنَّهُ يَدْخُلُهُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ، وَالْجَوَازُ ظَاهِرُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي رِوَايَةِ مُطَرِّفٍ، وَفِي الْمُدَوَّنَةِ مَا يَقْتَضِيهِ.اهـ.

وَإِلَى هَذَا الْفَرْعِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَلَيْسَ يُعْطَى فِيهِ لِلتَّصْحِيحِ...» إِلَخْ. أَيْ: لِتَصِحَّ الشَّاةُ وَتَدُومَ حَيَاتُهَا، وَمُقَابِلُ الصَّحِيحِ فِي الْبَيْتِ الْجَوَازُ، كَمَا تَقَدَّمَ عَنِ التَّوْضِيحِ أَنَّهُ ظَاهِرُ قَوْلِ مَالِكٍ، وَفَاعِلُ «يُعْطِي» ضَمِيرُ الْمُشْتَرِي، وَضَمِيرُ «فِيهِ» لِلْمُسْتَثْنِي الَّذِي هُوَ الْأَرْطَالُ، وَضَمِيرُ «غَيْرِهِ» الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ وَ«لَحْمًا» مَفْعُولُ «يُعْطِي».

الْوَجْهُ الثَّالِثُ: مِنْ أَوْجُهِ الْمَسْأَلَةِ مَنْ بَاعَ شَاةً وَاسْتَثْنَى الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ، قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: وَفِي الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: الْجَوَازُ فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ، حَكَاهُ فَضْلٌ عَنِ ابْنِ وَهْبٍ وَعِيسَى، وَالْمَنْعُ فِيهِمَا حَكَاهُ الْأَبْهَرِيُّ رِوَايَةً عَنْ مَالِكٍ، وَالثَّالِثُ الْمَشْهُورُ يَجُوزُ فِي السَّفَرِ دُونَ الْحَضَرِ، وَدَلِيلُهُ مَا رَوَاهُ أَبُو دَاوُد فِي مَرَاسِيلِهِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ خَرَجَ هُوَ وَأَبُو بَكْرٍ مُهَاجِرَيْنِ إِلَى الْمَدِينَةِ، وَمَرَّا بِرَاعِي غَنَمٍ اشْتَرَيَا مِنْهُ شَاةً، وَشَرَطَا لَهُ سَلَبَهَا»(١). وَلَا يُقَاسُ الْحَضَرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جَازَ فِي السَّفَرِ؛ لِكَوْنِهِ لَا قِيمَةَ لَهُ هُنَاكَ، فَخَفَّ الْغَرَرُ. اهـ.

وَقَالَ فِي التَّوْضِيحِ بَعْدَ هَذَا: وَكَأَنَّهُ اشْتَرَى الْجَمِيعَ. اهـ.

وَإِلَى هَذَا الْوَجْهِ وَالْخِلَافِ فِيهِ أَشَارَ النَّاظِمُ بِقَوْلِهِ: «وَالْخُلْفُ فِي الْجِلْدِ...» الْبَيْتَ.

---

(١) مراسيل أبي داود ١/ ١٩٩ (١٦٧).

وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ: «الْجَوَازُ فِي حَالِ السَّفَرِ». أَنَّهُ يُمْنَعُ اسْتِثْنَاءُ ذَلِكَ فِي الْحَضَرِ، وَهُوَ مُحْتَمِلٌ لِلْمَنْعِ حَقِيقَةً وَلِلْكَرَاهَةِ، أُنْظُرْ التَّوْضِيحَ.

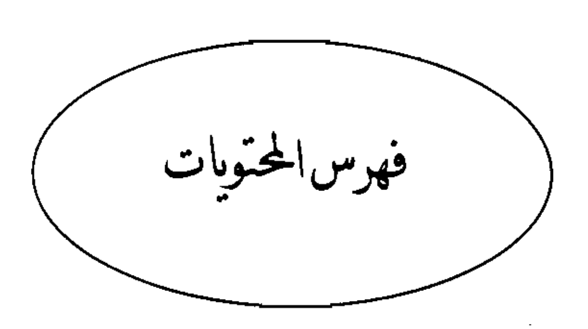
ثُمَّ ذَكَرَ النَّاظِمُ فَرْعًا يَتَعَلَّقُ بِالْوَجْهَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ مِنْ الْمَسْأَلَةِ، وَهُمَا: اسْتِثْنَاءُ الْأَرْطَالِ، أَوْ الْجِلْدِ وَالرَّأْسِ، وَهُوَ إِذَا مَاتَتْ الشَّاةُ الْمُسْتَثْنَى مِنْهَا ذَلِكَ أَوْ سُرِقَتْ أَوْ غُصِبَتْ، وَإِلَى الْمَوْتِ وَالسَّرِقَةِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: «إِنْ تَفَانَى أَوْ سُلِبَ». هَلْ يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ الْمُسْتَثْنَى أَوْ لَا يَضْمَنُهُ؟

قَالَ فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِ ابْنِ الْحَاجِبِ: فَلَوْ مَاتَ مَا أُسْتُثْنِيَ مِنْهُ مُعَيَّنٌ فَثَالِثُهَا يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ دُونَ اللَّحْمِ[١]. مَا نَصُّهُ: مُرَادُهُ بِالْمُعَيَّنِ خِلَافُ الْجُزْءِ الشَّائِعِ كَالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ، فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ، وَحَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ: أَنَّهُ اخْتِلَافٌ فِي مَسْأَلَةِ الْأَرْطَالِ وَالْجِلْدِ وَالرَّأْسِ، فَقِيلَ يَضْمَنُ فِي الْجَمِيعِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ، أَوْ لَا يَضْمَنُ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يُجْبَرُ، أَوْ يَضْمَنُ فِي مَسْأَلَةِ الْجِلْدِ وَالرَّأْسِ بِنَاءً عَلَى عَدَمِ جَبْرِهِ دُونَ مَسْأَلَةِ الْأَرْطَالِ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَالثَّالِثُ هُوَ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ، وَنَسَبَ ابْنُ يُونُسَ وَغَيْرُهُ الْقَوْلَيْنِ فِي ضَمَانِ الْجِلْدِ لِابْنِ الْقَاسِمِ، وَحَمَلَ ابْنُ دَحُونٍ الْقَوْلَ بِعَدَمِ الضَّمَانِ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُفَرِّطْ، وَأَمَّا إِنْ تَوَانَى بِالذَّبْحِ فَيَضْمَنُ، وَهُوَ مَعْنَى الرِّوَايَةِ بِالضَّمَانِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا خِلَافَ فِي الْمَسْأَلَةِ. اهـ.

(تَنْبِيهٌ) تَقَدَّمَ أَنَّ الْإِجْبَارَ عَلَى الذَّبْحِ إِنَّمَا هُوَ مُفَرَّعٌ عَلَى اسْتِثْنَاءِ الْأَرْطَالِ، أَمَّا اسْتِثْنَاءُ الْجُزْءِ الشَّائِعِ أَوْ الْجِلْدِ وَالرَّأْسِ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ فِيهِمَا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَكَذَا تَقَدَّمَ أَوَّلَ كَلَامِ التَّوْضِيحِ الْمَنْقُولِ آنِفًا: أَنَّ الْخِلَافَ فِي الضَّمَانِ مُفَرَّعٌ عَلَى اسْتِثْنَاءِ الْأَرْطَالِ وَالْجِلْدِ وَالرَّأْسِ، وَأَمَّا عَلَى اسْتِثْنَاءِ الْجُزْءِ الشَّائِعِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ.

---

(١) جامع الأمهات ص ٣٣٩.


فهرس المحتويات



فهرس المحتويات

الموضوع الصفحة

تم الجزء الأول بحمد الله